

# INOVAÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ\*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.—2. MODALIDADES DE CONTROLES JUDICIAIS DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL PRÉ-1988.—3. O CONTROLE JURISDICCIONAL CONFIGURADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.—4. AS INOVAÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA A PARTIR DE 1988: A) A opção preferencial pelo controle jurisdiccional concentrado; B) A ampliação do rol dos instrumentos de controle concentrado; C) O acesso à jurisdição concentrada; D) A adoção de mecanismos de democracia participativa na jurisdição constitucional concentrada: a) *O amicus curiae*; b) *As audiências públicas*. E) O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal; F) A modulação de efeitos temporais das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.—5. AS INOVAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: A) A ampliação do número e do alcance dos remédios constitucionais; B) A súmula vinculante; C) A repercussão geral das decisões proferidas em recurso extraordinário: a) *O recurso extraordinário no ordenamento constitucional brasileiro até a EC 45/2004*; b) *A introdução do instituto da repercussão geral*; c) *Antecedentes do instituto no Brasil*; d) *A repercussão geral e seus reflexos no controle jurisdiccional*; e) *Vantagens e desvantagens do instituto*; f) *A aplicação do instituto pelo STF*.—6. CONCLUSÕES.—7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## RESUMO

A jurisdição constitucional no Brasil vem sofrendo, desde a promulgação da nova Constituição de 05 de outubro de 1988 até os dias presentes inúmeras inovações. Este texto busca reunir as principais mudanças introduzidas, seja pela Constituição originária, seja por intermédio de Emendas à Constituição ou legislação infraconstitucional no controle jurisdiccional concentrado e no controle difuso, apontando seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

---

\* Professora e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO, mestre, doutora, livre docente e Professora Associada da Faculdade de Universidade de São Paulo.

*Palavras-chave:* jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade jurisdicional, inovações na jurisdição constitucional brasileira.

#### ABSTRACT

The Constitutional Jurisdiction in Brazil has been suffering, since the promulgation of the new 1988 Constitution to present days, numerous changes. This text intend to bring together the mains changes introduced whether by the Constitution itself either through constitutional amendments or ordinary legislation focused the judicial review in abstract or the diffuse one, pointing out their reflections in the Brazilian juridical system.

*Key words:* Constitutional jurisdiction, judicial review; Brazilian jurisdictional changes.

### 1. INTRODUÇÃO

Este texto se propõe reunir as principais inovações introduzidas no controle de constitucionalidade difuso e concentrado, vale dizer, as inovações verificadas na jurisdição constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, nas décadas que se iniciaram com a Constituição de 1988 até os dias presentes, algumas decorrentes da versão originária do Texto Constitucional, outras de emendas constitucionais ou de legislação infraconstitucional<sup>1</sup> e seus reflexos no sistema jurídico brasileiro<sup>2</sup>.

Como premissa para o desenvolvimento das idéias que se pretende desenvolver parece útil traçar um panorama, ainda que sintético, dos tipos de controle judicial de constitucionalidade adotados no Brasil antes de 1988, para, em seqüência, focalizar algumas inovações que adentraram nessa matéria com a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional pós 1988.

### 2. MODALIDADES DE CONTROLES JUDICIAIS DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL PRÉ-1988

Ao longo do tempo, até os dias de hoje, pode-se dizer, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro já experimentou tudo ou quase tudo que

<sup>1</sup> Algumas inovações na jurisdição constitucional concentrada foram objeto de estudos específicos, em trabalhos publicados, indicados em notas de rodapé. Este texto pretende apresentar um quadro mais amplo e unificado dessas inovações, envolvendo tanto o controle difuso como o controle concentrado.

<sup>2</sup> Ver Anna Candida DA CUNHA FERRAZ, «Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais». In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2007, 11. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, v. 11, pp. 73-98. Neste estudo se examina, especialmente, os instrumentos de controle concentrado no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais.

a doutrina e a prática constitucional estrangeira propuseram a respeito de controle judicial de constitucionalidade.

O controle judicial foi criação do Direito norte-americano, tendo surgido com a célebre decisão do *Chief Justice* Marshall, no caso *Marbury versus Madison*. Segundo ficou estabelecido nesse marco inicial, cabe ao Poder Judiciário analisar os conflitos suscitados entre as leis e também, obviamente, entre as leis e a Lei Maior, que é a Constituição, prevalecendo esta última, como é questão de lógica jurídica, se as leis a contrariarem.

Igualmente, na lógica do sistema, cabe a qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei, o que mostra ter sido adotado então o chamado sistema difuso de controle de constitucionalidade.

E mais, por ser a questão da constitucionalidade uma preliminar a ser apreciada pelo juiz para a posterior decisão sobre o direito discutido, o controle judiciário, no caso, é incidental e não principal, uma vez que o objeto central da ação não é a afirmação da constitucionalidade da lei, e sim a decisão sobre a procedência ou não do direito questionado.

Foi este o primeiro tipo de controle judicial de constitucionalidade importado pelo Brasil, ainda ao tempo da Constituição republicana de 1891, por extração do disposto no seu art. 59, §1º, «a» e «b», reforçada a adoção do sistema por Rui Barbosa, cuja posição doutrinária foi decisiva na interpretação da matéria.

Assim, desde então se adota no Brasil o controle de constitucionalidade judicial, difuso, incidental e concreto, a que veio se acoplar o controle judicial concentrado, principal e abstrato, de padrão europeu, de matriz kelseniana, caracterizado pela concentração do controle num único órgão do Judiciário — normalmente seu órgão de cúpula — ou em uma corte constitucional exclusiva, que examina a constitucionalidade da lei em tese, em abstrato, como objeto principal da ação, desvinculada, pois, de caso ou pretensão concreta<sup>3</sup>.

O sistema concentrado e abstrato, cujos primeiros passos podem ser identificados na Constituição de 1934, com a previsão da ação direta interventiva declaratória de inconstitucionalidade, veio a ser ampliado nas Constituições que se seguiram — com exceção da de 1937, em que os laivos de autoritarismo, próprios do regime político dessa natureza que então se instaurara no país, se fizeram sentir com o incremento de um controle político de constitucionalidade que, em certa medida, se sobrepunha ao controle judicial<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Conferir Fernanda MENEZES DE ALMEIDA e Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, *Inovações na Jurisdição Constitucional Brasileira: A Repercussão Geral e a Objetivação do Controle Concreto*. 2010, no prelo. Este texto serviu de base às considerações iniciais e sobre o instituto da repercussão geral no Brasil.

<sup>4</sup> Sobre controle político ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade». In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Ano 36, nº 143, abril/junho de 1999, pp.279-296

É na vigência da Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional n.16, de 16/11/1965, que se implanta com nitidez, o controle concentrado e abstrato, com a criação da ação direta genérica de inconstitucionalidade (de início tratada como «representação»), mantida no sistema constitucional de 1967/69, valendo notar que esse tipo de controle não alcançou então sua maior potencialidade, em virtude da legitimação restrita para a propositura da ação ao Procurador Geral da República, de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República.

### 3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição originária de 1988 acolheu, em definitivo, o sistema de jurisdição concentrada, que passou a coexistir com o modelo difuso de controle de constitucionalidade, mantido pelo novo texto constitucional, pelo que no País se adota um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Ambos os modelos se apresentam, todavia, desde então, revestidos de inovações que foram reforçadas, posteriormente, por modificações decorrentes de emendas constitucionais e de legislação infraconstitucional<sup>5</sup>.

### 4. AS INOVAÇÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA A PARTIR DE 1988

As inovações introduzidas no controle jurisdicional concentrado no Brasil, desde a Constituição originária, foram relevantes no sentido de demonstrar uma tendência para o fortalecimento ou mesmo para a prevalência desse modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, pelo que será este o modelo a ser examinado em primeiro lugar.

Embora pudesse ser útil e de mais fácil entendimento o exame particularizado das inovações introduzidas primeiro pela própria Constituição e depois pela legislação superveniente, nem sempre será possível individualizar tais inovações já que, com frequência, elas se mesclam ao longo dos tempos.

#### A) A opção preferencial pelo controle jurisdicional concentrado

Talvez se deva ressaltar, de início, que a mais significativa inovação de nossa Carta Magna de 1988 foi a adoção definitiva e altamente amplia-

<sup>5</sup> Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Inovações no controle de constitucionalidade» In *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003 pp.217-243

da do controle jurisdicional concentrado, inspirado nos sistemas continentais europeus e idealizado por Kelsen, que se revela na ampliação dos instrumentos de controle, na legitimação para propor a ação de controle perante o STF, no alargamento dos atos sujeitos ao controle, na alteração do processo constitucional e mais à frente nos efeitos do controle concentrado, dentre outros aspectos. Serão examinados, de modo sucinto, alguns desses aspectos.

## B) A ampliação dos instrumentos de controle concentrado

A Constituição de 1988 inovou, mesmo em comparação com os sistemas contemporâneos, no tocante aos instrumentos de controle concentrado.

Tal afirmação se nota, de início, no alargamento do número de instrumentos desse controle.

O controle concentrado visa, em princípio, a defesa da Constituição e, obviamente de todo o seu conteúdo normativo, no qual se incluem as normas definidoras e protetivas dos direitos fundamentais. Destarte, embora não direcionado, direta ou exclusivamente, à proteção dos direitos fundamentais, dependendo do modo de sua aplicação, os instrumentos de controle concentrado servem à proteção reforçada dos Direitos Fundamentais.

É o que consigna Carlos Alberto Menezes Direito:

«A nossa Constituição de 1988 mostrou-se preocupada com essa dimensão protetiva da liberdade do homem e do cidadão diante do Estado e, indiscutivelmente, a sua identificação é a ampliação da jurisdição constitucional e a criação de novo elenco de meios processuais de defesa dos direitos garantidos pela Constituição»<sup>6</sup>.

E mais adiante:

«Sem dúvida, a ampliação da jurisdição constitucional e a ampliação generalizada do acesso à justiça, tudo para proteger os direitos do homem e do cidadão, representam tendência do moderno Direito Constitucional Brasileiro.»<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Carlos Alberto MENEZES DIREITO, «Tendências do Direito Constitucional Brasileiro – A ampliação da jurisdição e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999», in Ives GANDRA – Coordenador, *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.163-164.

<sup>7</sup> MENEZES DIREITO, 2002, *Idem supra*.

Prevê o texto constitucional, na competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, no plano federal<sup>8</sup>, contrariamente ao que era admitido na legislação constitucional particularmente após a EC 16/65, vários instrumentos de defesa direta e em abstrato da Constituição<sup>9</sup>. Acrescentou-se à ação direta de constitucionalidade (ADI - agora com legitimação ampliada pelo art. 102, I «a»: a ação declaratória de constitucionalidade<sup>10</sup> de lei ou ato normativo federal (ADC - art. 102, I, «a»); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) prevista no texto constitucional no art. 102, parágrafo 1º, e disciplinada pela Lei 9.882, de 3/12/1999; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) instituída pelo art. 103, §2º, de modo indireto, que estabelece que: «Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional ou ato normativo, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias»<sup>11</sup>; e finalmente, a ação interventiva ou representação interventiva, já existente nas constituições anteriores, destinada a possibilitar, via Poder Judiciário, a intervenção nos Estados que não observarem os princípios constitucionais estabelecidos no art. 34, inciso VII, alíneas «a» a «e», e no caso de recusa à execução de lei federal<sup>12</sup>.

O objeto, a amplitude, o alcance, os efeitos das decisões e as várias inovações introduzidas na aplicação desses instrumentos, notadamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), na Ação direta da inconstitucionalidade por omissão (ADO) e na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cumulados com a ampliação dos legitimados para sua propositura têm enormes reflexos no sistema jurídico nacional, conforme será apontado adiante<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Como o Brasil é um Estado Federal, também com caráter inovador, a Constituição de 1988 disciplinou o controle jurisdicional concentrado no plano federal, tendo como parâmetro a Constituição Federal e, embora minimamente, disciplinou o controle jurisdicional concentrado tendo como parâmetro a Constituição dos Estados-membros da Federação. Neste texto serão examinadas as inovações tão somente inseridas no plano federal de controle.

<sup>9</sup> Para análise da amplitude, do alcance e da problemática trazida por tais instrumentos em geral consulte-se: Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 217-243; também, Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O novo controle de constitucionalidade», cit.; «Anotações...», cit.

<sup>10</sup> A ação declaratória de constitucionalidade foi instituída e inserida nesta alínea pela EC n. 3 de 17 de março de 1993.

<sup>11</sup> A ADO foi disciplinada pela Lei n. 12.063, de 27/10/2009

<sup>12</sup> Sobre desdobramentos desses instrumentos para a proteção de direitos fundamentais ver Anna Cândida da Cunha FERRAZ, «Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais». In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2007, 11, cit.

<sup>13</sup> Cf. Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «Anotações...», *Anuário*, 2007; Tb. FERREIRA FILHO, *Aspectos*, 2003, cit.

### C) O acesso à jurisdição concentrada

Na jurisdição constitucional concentrada, à semelhança do que ocorre nos Estados que a admitem, a legitimação é restrita a certas autoridades e entidades sob a justificativa de que esta modalidade de controle visa, sobretudo, a defesa da Constituição. Não obstante, no Brasil, na redação originária da Constituição de 1988, a legitimação para a propositura dos instrumentos de controle se revela bastante alargada, conforme dispõe o art. 103, CF: de um lado, ampliou-se o número de autoridades públicas legitimadas; de outro, estendeu-se a entidades representativas da sociedade tal legitimação, pelo que a doutrina aponta, sob este particular, aspectos de introdução da democracia participativa na jurisdição constitucional<sup>14</sup>.

Ressalvada a representação interventiva que mantém, na linha das constituições anteriores, a legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República, o acesso à jurisdição constitucional, nas ADI e ADO, (posteriormente estendido, em sua amplitude, à ADC<sup>15</sup> e à ADPF<sup>16</sup>), foi outorgado a uma lista de nove legitimados, individuais ou coletivos, dentre os quais, além de autoridades políticas constituídas — Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa dos Estados «ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal»<sup>17</sup>, Governador de Estado e «Governador do Distrito Federal», Procurador Geral da República —, foram inseridas entidades representativas da comunidade: Conselho Federal da Ordem dos Advogados, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, Confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cf., dentre outros: Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização». In Maria Elizabeth GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, e Zilah Maria CALLADO FADUL PEETERSEN – Coordenadoras. *Coletânea de Estudos Jurídicos. Obra comemorativa do Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 479-500; Tb. Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional concentrada». In *Revista Mestrado em Direito-Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Edifio, ano 8, n. 1, 2008, pp. 53-72.

<sup>15</sup> A ADC, foi instituída pela Emenda Constitucional n° 3, de 17/03/1993 com legitimação restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República tendo tal legitimação sido ampliada pela EC 45/2004.

<sup>16</sup> A ADPF, contida em norma de eficácia limitada, somente foi regulamentada pela Lei 9.882, de 03/12/1999 que estendeu para esta modalidade de controle a legitimação estabelecida na Constituição para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (cf. art. 2° da lei).

<sup>17</sup> A inserção das autoridades políticas do Distrito Federal deu-se com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, mas já foram prevista anteriormente pela Lei 9.868, de 10/11/1999, art. 2°.

<sup>18</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização». In Maria Elizabeth GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e Zilah Maria CALLADO FADUL PETERSEN – Coordenadoras. *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Obra comemorativa do Bicentenário da Justiça Militar no Brasil, Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 479-500.

A participação da sociedade nesta modalidade de controle, acima mencionada, se revela significativa com a legitimação de atores da comunidade para proporem a ação. Para confirmar a afirmação, veja-se estatística veiculada pelo STF<sup>19</sup> a esse respeito.

Assim, com relação a ADI, de um total de 100% de proposituras, 42% das ações tiverem origem em proposituras de Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional (23,1%), de Partido Político com representação no Congresso Nacional (17,6%) e do Conselho Federal da OAB (4,35). Na ADC, a participação dos atores sociais representou 34% das proposituras apresentadas ao STF. Já com relação à ADO, em termos percentuais, o número de proposituras dos Partidos Políticos e das Confederações Nacionais ou Entidades de Âmbito Nacional também foi significativamente superior às demais, alcançando um total de 87%. Finalmente, relativamente à ADPF, a presença das entidades representativas da sociedade é significativa. Num total de 210 ações, 28,1% arguições foram promovidas por Partidos Políticos, 27,6% pelas entidades representativas da sociedade civil e 2,4% pelo Conselho Federal da OAB, num total geral de 58 % das proposituras apresentadas no STF.

#### D) A adoção de mecanismos de democracia participativa na jurisdição constitucional concentrada no Brasil

Cumprе ressaltar que uma das relevantes inovações da jurisdição constitucional no Brasil parece ser a abertura à participação democrática, admitida por intermédio de vários meios e instrumentos<sup>20</sup>.

Além da ampliação da legitimação, acima apontada, com a edição de duas leis em 1999, a Lei 9.868, de 10/11/99 e a Lei n. 9.882, de 03/12/99 surgem, no cenário jurídico nacional, vários instrumentos e procedimentos na atividade da jurisdição constitucional concentrada, dentre os quais convém destacar duas figuras até então desconhecidas; de um lado admitiu-se a introdução da figura do *amicus curiae* no âmbito do processo constitucional concentrado; de outro, a das audiências públicas, instrumento até então apenas utilizado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

<sup>19</sup> Dados atualizados em 2010, até 31 de maio. Portal de Informações Gerenciais do STF. Acesso em novembro de 2010.

<sup>20</sup> A doutrina aponta a influência da obra de Peter HÄBERLE: *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*, publicação originária de 1975 e traduzida no Brasil por Gilmar Mendes, em fevereiro de 1997.



a) *O amicus curiae*

A Constituição de 05/10/1988 nada menciona<sup>21</sup> sobre a figura do *amicus curiae*, preexistente no processo civil<sup>22</sup>.

Nos primórdios da sua vigência, que, como se disse, reforçou sobremaneira o controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não se inclinou, mediante construção jurisprudencial, à adoção da figura. Tal inclusão somente ocorreu no cenário do processo constitucional concentrado após a edição das Leis acima citadas.

Assim, a participação democrática, no que respeita à introdução do *amicus curiae*<sup>23</sup>, firmou-se com a edição das Leis n.9.868, de 10/11/99, que disciplina «o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>» e da Lei n. 9.882, de 03/12/99, que estabeleceu o «processo e o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal»<sup>25</sup>.

Aponte-se, de início, que a disciplina legal da matéria em exame não teve tratamento igual relativamente às ações de controle concentrado de que cuidam mencionadas leis.

A Lei 9.868/99, na regulamentação do processo da ADI, embora tenha vedado expressamente a intervenção de terceiros (art. 7º, *caput*), abriu, no parágrafo 2º do mesmo artigo<sup>26</sup>, espaço para a interferência do *amicus*

<sup>21</sup> A propósito, uma das questões que se pode levantar sobre o instituto é se lei ordinária poderia introduzi-la na órbita do STF. Todavia, após discussões travadas no STF, que serão indicadas mais adiante, o Supremo Tribunal Federal admitiu o instituto que, desde então tem plena aplicação.

<sup>22</sup> O instituto foi previsto na legislação processual brasileira desde 1976, art. 31, Lei 6.385/76. Ver «*O amicus curiae no Direito Processual brasileiro*». Doutrina Jus Navegandi. Rodrigo Murad do Prado. <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>

<sup>23</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «*O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada*». In *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Edifício, ano 8, n. 1, 2008, pp. 53-72.

<sup>24</sup> Gilmar Mendes, um dos membros da Comissão que elaborou o Projeto que resultou na Lei 9.868/99, examinou pormenorizadamente referido Projeto de Lei 2.960, de 1997, ressaltando as inovações por ele introduzidas no processo constitucional concentrado, acentuando a participação democrática nele adotada. Disponível em *Observatório de Jurisdição Constitucional*. Brasília: LDP, ano 1, out. 2007, acesso em 07/022010.

<sup>25</sup> A ADPF, como é conhecida esta modalidade de argüição, foi prevista na Constituição originária de 1988, permaneceu inerte até a regulamentação legal em 1999. Com a edição da Lei 9.882, passou a figurar dentre as modalidades de controle concentrado, ainda que se possa ser iniciada em ações propostas no controle difuso.

<sup>26</sup> Estabelece o art. 7º, *caput* e §2º: «Não se admitirá intervenção de terceiro no processo de ação de inconstitucionalidade [...] §2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades»

*curiae*. Tal interferência depende, (a) da relevância da causa; (b) da representatividade dos postulantes, (c) de decisão irrecorrível do relator do processo; (d) a manifestação pode ser solicitada por órgãos e entidades (não cogitou a lei da manifestação de pessoas físicas). De outro lado, a participação do *amicus curiae*, pessoa física, para prestar esclarecimentos sobre fato ou questões de direito fica mais evidente nas disposições do §1º do art. 9º<sup>27</sup>.

Em princípio, à luz dos citados dispositivos, parece que a figura do *amicus curiae* é admitida na ADI apenas quando veiculada por órgãos e entidades, preenchidos os demais requisitos acima indicados. A manifestação depende de os órgãos e as entidades comprovarem a relevância da causa e sua representatividade. Isto indica, por óbvio, que os postulantes devem comprovar seu interesse na decisão do processo, pelo que se pode dizer que a figura mais se aproxima de um *amicus* da causa ou, como diz Häberle, citado pelo Ministro Joaquim Barbosa, de participação da sociedade no controle de constitucionalidade abstrato<sup>28</sup>.

Não seguiu a mesma linha a regulamentação legal relativa à ação declaratória de constitucionalidade. Nos dispositivos estabelecidos pela Lei 9868/99, artigo 18, veda-se a intervenção de terceiros, não se abre espaço para a participação, mediante solicitação, de órgãos e entidades nesta modalidade de processo, e o art. 20, §1º apenas admite a participação do *amicus curiae*, pessoa física, por chamamento do relator nas audiências públicas. Todavia, acrescenta a lei, no art. 20, §3º, uma inovação, na medida em que fixa prazo de 30 (trinta dias) dias, contados da solicitação do relator, para a apresentação das informações ou a realização das audiências públicas requeridas.

A Lei 9.882/99, que regulamenta a ADPF, não faz referência à vedação da intervenção de terceiros no processo. Repete, no art. 6º, §3º, disposições da Lei 9.688, autorizando a participação do *amicus curiae* mediante requisição do relator para solicitar informações adicionais, designar peritos etc. Todavia, há nesta lei também uma inovação, na medida em que no §2º do art. 6º fica estabelecido que «poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais pelos interessados no

<sup>27</sup> Dispõe o art. 9º, *caput* e §1º: Art. 9º. «Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento». §1º. «Em caso de necessidade de esclarecimentos de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autor, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria». Observe-se que neste dispositivo se encontra, também, o fundamento legal para a convocação de audiências públicas no processo constitucional concentrado, como se verá adiante.

<sup>28</sup> Ver ADI 2.134.

processo.» Não parece errôneo afirmar que apenas a Lei 9.882 abre expressamente espaço para a participação do *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, mediante postulação própria e autorização do relator.

A atuação do *amicus curiae*, ou o «amigo da corte» – *the friend of the court*, como diz Baum – começa, presentemente, a ser bastante difundida no exercício do controle concentrado, particularmente pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Aliás, o tema tem alcançado cada vez mais atenção inclusive no direito comparado<sup>29</sup>.

Segundo Bazán, os *amici curiae* «constituem o instrumento pelo qual outros interessados (isto é, aqueles que não são parte nas petições principais) entram na justiça para fazer ouvir sua voz e seus argumentos»<sup>30</sup>. São «dotados de ferramentas válidas» para «funcionar em questões controversas e que apresentem significativos dilemas éticos ou de outra índole, por exemplo, a análise constitucional de uma norma de importância ou sensibilidade pública. [...] Vale dizer, assuntos cuja elucidação judicial demonstre uma forte projeção ou transcendência coletiva; em outras palavras, temas que excedam ao mero interesse das partes... como, por exemplo, as flagrantes violações de direitos humanos [...]»<sup>31</sup>.

A figura ou o instituto do *amicus curiae* apresenta certas características principais comuns, quase universais, nos sistemas jurisdicionais, variando de sistema para sistema apenas em certas peculiaridades. Entre as características comuns podem ser apontadas: (a) Trata-se de figura que pode intervir num processo do qual não é parte. Não se reveste da qualidade da parte e nem a substitui, pelo que não pode praticar os atos processuais próprios das partes. Sua participação se resume à apresentação de informações orais ou, em regra, mediante memorial escrito, contendo argumentos de natureza jurídica sobre o caso em exame; (b) A figura foi concebida, inicialmente, como o nome indica, como um «amigo da corte», figura neutra, destinada a proporcionar ao juiz informações em torno de questões essencialmente jurídicas intrincadas e complexas, sobre as quais pudesse ter dúvidas quanto aos critérios adotados para a interpretação do

---

<sup>29</sup> Ver excelente texto de Victor BAZÁN, in *Biblioteca Jurídica Virtual, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. O Autor aborda a origem da figura, seu extravasamento para o direito inglês e sua posterior canalização para outros pontos geográficos onde impera a *Common Law*. Analisa as transformações que a figura sofreu ao longo do tempo, suas potencialidades e sua institucionalização, inclusive no Direito Internacional e em causas perante a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Ver também. Do mesmo autor, prestímosa obra sobre «La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentandose como um tribunal constitucional?». In *Revista do Mestrado – Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco: Edifício, ano 10. N. 2, vol. 15, p.149 e segts.

<sup>30</sup> BAZÁN, *Ob. cit.*

<sup>31</sup> BAZÁN, *Idem, supra*.

caso e cuja decisão pudesse levar a uma repercussão negativa para a sociedade; (c) Com a utilização cada vez mais crescente e ampla, passou ela a ser utilizada pelos interessados — pessoa física ou jurídica — considerada a repercussão do caso relativamente a terceiros e à comunidade em geral. Trata-se de expressão agora própria da chamada «sociedade aberta» a que se refere Häberle, na citação do Ministro Joaquim Barbosa<sup>32</sup>. Destarte, vislumbra-se certa alteração em sua essência: não mais se resume a configurar o «amigo da corte», mas se coloca, também, como «amigo da causa»<sup>33</sup>, já que pretende induzir, pelos seus argumentos, uma determinada posição dos julgados nos tribunais; (d) Característica fundamental da atuação do *amicus curiae*, reconhecida pela maioria da doutrina e das cortes constitucionais, se não por unanimidade, diz respeito à relevância da matéria em discussão no processo constitucional: questões relacionadas a direitos humanos e direitos fundamentais (aborto, eutanásia, racismo, discriminação, clonagem humana) e à seguridade social, direito previdenciário e direito do trabalho nos desdobramentos dos direitos sociais; dilemas éticos ou de outra índole, aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos e assim por diante. Em alguns tribunais constitucionais este é o requisito primeiro para a participação do *amicus curiae*. Exemplos de casos decididos pela Corte Suprema dos EUA demonstram essa característica. Assim, os *cases* envolvendo o sistema de cotas para minorias raciais (caso *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*) instituído pela Universidade de Michigan, em 2003. Outro caso de grande repercussão ocorreu na última eleição para a Casa Branca. A disputa chegou à Suprema Corte sob «a alegação de fraude eleitoral perpetrada pelo candidato George W. Bush, transformando-se no caso *Florida Election Case n.º 00.949*»<sup>34</sup>; (e) A participação do *amicus curiae* pode ser viabilizada por intermédio de duas fórmulas: solicitação pela Corte ou voluntária, isso é, independer de solicitação do Tribunal, caso em que este, levando em consideração o preenchimento dos requisitos exigidos e a argumentação apresentada, pode admiti-lo ou não; (f) Não apenas pessoas físicas, mas, também, pessoas jurídicas, entidades públicas, órgãos do Estado, organizações sociais, associações em geral podem integrar o processo constitucional na qualidade de *amicus curiae*. A participação, como já se antecipou acima, pode ser escrita ou oral; (g) Em alguns sistemas há prazos definidos para o ingresso em juízo do «amigo da corte»<sup>35</sup>. (h) A participação do *amicus curiae* é vis-

<sup>32</sup> Ver ADI 2.134, [www.stf.jurisdencia](http://www.stf.jurisdencia) acesso em 15/09/2011.

<sup>33</sup> Cf. Victor BAZÁN, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> Cf. Luiz Fernando MARTINS DA SILVA SILVA, *Amicus curiae, política e ação afirmativa*, In [http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/1\\_fernando\\_24.htm](http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/1_fernando_24.htm) (consulta em 03/02/2008). Ver outros exemplos citados pelo autor.

<sup>35</sup> É o caso da Argentina, citado por Victor BAZÁN, *ob. cit.*, p. 11, em que é estabelecido o prazo de 15 dias antes da definição da data de proferir a sentença ou decisão do caso.

ta, pela doutrina e pelos tribunais, como elemento ou desdobramento da democracia participativa e como extensão do princípio da igualdade, pelo que a figura pode ser admitida mesmo que não prevista constitucionalmente ou mesmo legalmente, segundo entendem alguns<sup>36</sup>; (i) O *amicus curiae* tanto pode figurar como «amigo» do postulante da causa, como amigo da «defesa». Na jurisdição concentrada, não há partes propriamente ditas, nem um contraditório «perfeito», já que se trata de processo objetivo. Destarte, nessa modalidade de processo constitucional, a figura do *amicus curiae*, integrando a posição do legitimado para a propositura da ação, ou a do defensor da lei ou do ato normativo impugnado, acaba por constituir um «contraditório» ainda que imperfeito, à vista dos argumentos jurídicos que traz à decisão dos juízes constitucionais; (j) O *amicus curiae* deve ostentar um interesse direto, legítimo e justificado na decisão a ser proferida pelo Tribunal. «Interesse que deverá exceder o dos diretamente afetados pela decisão concreta»<sup>37</sup>. Não recebe honorários, sua participação não vincula o Tribunal, e a figura em nada se assemelha à do perito no processo.

No Brasil, a regulamentação legal da figura, brevemente apontada, não soluciona por inteiro a problemática da efetiva introdução do *amicus curiae* na jurisdição constitucional.

Algumas questões surgidas na prática foram sendo, ao longo desses mais de dez anos de vigência das leis de 1999, resolvidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, exemplificando, no suplemento «Notícias» do *site* do Supremo Tribunal Federal, datado de 26/11/2003, consta que o Supremo «decidiu aprovar a participação excepcional de *amicus curiae* no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2777 e 2765, versando sobre restituição de ICMS. O posicionamento foi adotado pela maioria plenária, vencidos os ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Em 2004, por Emenda Regimental n. 15/04, os §3º do art. 131 e § 2º, do art. 132, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Foi o que Victor BAZÁN procurou demonstrar a propósito da introdução da figura na Corte de Justiça Argentina, onde a figura foi regulamentada, não sem discussões e oposições, pela Corte Suprema, independente de previsão constitucional ou legal.

<sup>37</sup> Victor BAZÁN, *ob. cit.*, p. 25.

<sup>38</sup> Dispõem citados dispositivos: «Art. 131 [...], §3º - Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do §2º do art. 132 deste Regimento». O §2º do art. 132 dispõe: «Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação originária penal, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente». §1º [...]; §2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar».

regulamentaram a figura do *amicus curiae*, adotando-a, de modo expreso, na jurisdição constitucional concentrada.

É certo que, mesmo antes da regulamentação regimental, o STF já havia decidido a favor desse posicionamento em vários processos de ADI's.

Entre as manifestações produzidas vale mencionar o relatório e o voto, magníficos ambos, proferidos pelo Ministro Celso de Mello na ADI 2321-MC/DF<sup>39</sup>. A construção jurisprudencial em torno da figura em questão ofereceu, nessas manifestações, um verdadeiro *leading case*. Embora não tenham sido esgotadas todas as vertentes possíveis sobre a aplicação do *amicus curiae* no controle concentrado, tais manifestações constroem o posicionamento do autor, aprovado pela maioria dos Ministros do STF, cobrindo dois relevantes pontos do questionamento doutrinário: de um lado, cuidou-se de aspectos processuais, como a natureza jurídica da figura do *amicus curiae*, limites de sua atuação, prerrogativas de que dispõe, relevância da matéria constitucional questionada e representatividade do postulante, e, ainda, prazo para ingresso no processo; de outro, e para o que interessa à essência deste trabalho, fixou-se o fim teleológico que teria inspirado o legislador pátrio, na feitura da Lei 9.868/99.

A ADI 2321-MC/DF foi impetrada e julgada em 25/10/2000, tendo sua ementa sido publicada no DJ de 10/06/2005. Proposta pelo Procurador-Geral da República contra Resolução do Tribunal Superior Eleitoral sob o argumento de que, além deste documento legal não ter conteúdo normativo primário, afrontava ele, também, o princípio da reserva legal, já que cuidava de estipular remuneração ou vantagens pecuniárias aos servidores do Tribunal.

O Min. Relator, após decidir questões processuais, adentrou, conforme consta da Ementa da ADI, no exame da postulação da Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público – FENAJUFE para ingresso na ADI, como *amicus curiae*, com fundamento no art. 7º, §2º da Lei 9868/99. Antes de examinar a postulação concreta, alinhou aspectos relevantes a propósito da figura em questão. Parece relevante transcrever parte da Emenda proferida nesta ADI. Assim é que, em razão do voto do Relator, a decisão proferida admitiu:

«a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* como um fator de pluralização e legitimação do debate constitucional» (grifos do autor e nossos), entendendo que «o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei 9868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito

<sup>39</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O *amicus curiae*.....» citado.

subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem de proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade».

Convém frisar, ainda, algumas razões que levaram o Relator a deferir o pedido do postulante para ingressar no feito como *amicus curiae*. Observa, por primeiro, que a Lei 9.868/99 embora vede a intervenção de terceiros na ADI (art. 7º, *caput*), por tratar-se de processo objetivo, sem partes, abrandou o sentido absoluto dessa vedação, permitindo o ingresso, no processo de controle concentrado — ADI — de entidades e órgãos dotados de representatividade adequada. Anotou que a postulante FENAJUFE comprovou estarem presentes os requisitos legitimadores para sua admissão formal na ADI: relevância da matéria e representatividade adequada. A manifestação se fazia sobre questão de direito, subjacente à própria controvérsia constitucional e estava apoiada em razões que admitia como «desejável e útil» a atuação processual na causa, a fim de proporcionar meios que viabilizassem uma adequada resolução do litígio constitucional.

O propósito teleológico da norma legal que fundamenta a adoção da figura no processo constitucional da ADI é a pluralização do debate constitucional e a superação da grave questão sobre a legitimidade democrática das decisões proferidas em jurisdição constitucional concentrada. Este posicionamento segue a linha do pensamento de Peter Häberle, cujo entendimento sobre a abertura material do debate em torno de controvérsia constitucional representa expressão real e efetiva do princípio democrático. Também neste sentido, ainda, Gilmar Mendes, igualmente baseado em Peter Häberle, considera que o «oferecimento de alternativas» para a interpretação constitucional impede o que se denominou de «risco democrático», já que as decisões da Corte Constitucional estão imunes a qualquer controle democrático.

Qualifica-se, pois, o *amicus curiae* como fator de «legitimação social» abrindo-se a possibilidade para que em controle concentrado intervenha a

participação de entidades e instituições efetivamente representativas de interesses gerais da coletividade.

Ante toda esta argumentação chega o relator, à vista da não fixação de prazo legal para o ingresso na causa (vez que o §1º do art. 7º da Lei 9868/99, que previa prazo foi vetado), ao deferimento da postulante como *amicus curiae*, e à admissão da sustentação oral pelo *amicus curiae* independentemente de prazos de ingresso na ação.

Outras questões omissas na legislação acabaram sendo resolvidas pela jurisprudência do STF. Assim, para exemplo, a questão do prazo para ingresso do *amicus curiae* no processo (ADI 3614/PR – Paraná e Questão de Ordem das ADIn’s 2.675 – PE (Rel. Min Carlos Velloso) e 2777-SP (Relator Min. Cezar Peluso). Em despacho, também monocrático, a Presidente do STF, Min. Ellen Gracie, na ADI 2.316/DF demonstrou que o Supremo Tribunal Federal vinha admitindo o ingresso no *amicus curiae* na causa em vários momentos: após o término das informações (ADI 3474, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.05); após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI 3.548, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/10/05) e até mesmo quando iniciado o julgamento, neste caso para a realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista pelo artigo 131, §3º do RISTF (ADI 2777-QO, rel. Min. Cezar Peluso)<sup>40</sup>.

Também na ADPF o ingresso do *amicus curiae* foi decidido favoravelmente pelo Supremo Tribunal Federal por interpretação analógica ao art. 7º, §2º da Lei 9868/99, que trata da ação direta de inconstitucionalidade.

Podem ser citados como exemplos: a ADPF 97/Pará, Relator o Min. Gilmar Mendes, argüida pela Associação Nacional de Procuradores do Estado – ANAPE e figurando como argüido o Governador do Estado, a ADPF 33 (relator Min. Gilmar Mendes); a ADPF 73 (rel. Min. Eros Grau); ADPF 46 (relator Min. Marco Aurélio).

Na ADPF 97 ressalta o Min. Gilmar Mendes que a Lei 9882/99 facultava ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram argüição (art. 6º, §1º) e que, independentemente das cautelas que se deve tomar para não ampliar em demasiado o universo de postulantes «tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental assumam, igualmente, uma feição pluralista, com a participação do *amicus curiae*»<sup>41</sup>, aduzindo finalmente, que o Tribunal

<sup>40</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O *amicus curiae*.....» citado.

<sup>41</sup> Remete-se o Relator aos famosos *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis Brandeis, no *case Muller versus Oregon*, que permitiu que se «desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava ‘simples questão jurídica’». No caso, o advogado Brandeis apresentou, em duas páginas, a questão jurídica e, em 110 páginas, as questões fáticas relativas aos efeitos da longa duração de trabalho sobre a situação da mulher.



Constitucional «não pode deixar de exercer sua competência, especialmente no que se refere à defesa de direitos fundamentais em face de decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe de mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria»<sup>42</sup>.

A intervenção do *amicus curiae* não é matéria usualmente ventilada nas ações declaratórias de constitucionalidade, pelo que apenas alguns exemplos podem ser indicados, tais como: a ADC-MC12 / DF – Distrito Federal, julgada em 18/02/2006, impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros contra o Conselho Nacional de Justiça, na qual seis (6) entidades postularam ingresso na ação como *amici curiae*, dentre os quais o Conselho Federal da OAB, a ANAMATRA- Associação Nacional dos magistrados da Justiça do Trabalho. Discutia-se, no caso, a constitucionalidade da Resolução n. 7, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Todos os postulantes foram admitidos no processo.

#### b) *As audiências públicas*

Instrumento verdadeiramente inovador no processo constitucional concentrado é a audiência pública.

Consiste tal figura na possibilidade de convocação de pessoas qualificadas, com notório conhecimento e experiência em matéria de grande relevância social questionada nos processos constitucionais; pessoas que não são partes no processo e que nele adentram para prestar esclarecimentos, informações, emitir pareceres e apresentarem relatórios técnicos objetivando elucidar questões fáticas, científicas ou técnicas. Trata-se, pois, de um instrumento utilizado para a aferição mais adequada e precisa de fatos pelo julgador constitucional.

Não é usual se encontrar, nas constituições contemporâneas e mesmo na prática jurisdicional concentrada, referência a essa modalidade de participação popular.

Por vezes, o instituto vem regulado em normas ou regimentos editados por um Tribunal Constitucional, ou está presente na Lei Orgânica de uma Corte Constitucional, especialmente nos Estados da Europa continental que adotam o modelo kelseniano de jurisdição constitucional<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O *amicus curiae*.....» citado.

<sup>43</sup> Cite-se, como exemplo, que a Constituição vigente em Portugal nada dispõe sobre este instituto. É possível encontrar-se fundamentação para sua aplicação pelo Tribunal Constitucional na Lei do Tribunal Constitucional (Lei nº 28/82, com as alterações introduzidas inclusive pela Lei nº 13-A/98, de 95 – Ver. *Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional*, 8ª. edição revista, 2005, organização de J.J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA). Tal aplicação incide em matéria de extinção de partidos políticos, como observa

No Brasil, a audiência aberta à participação de representantes da sociedade, não integrantes do processo constitucional, não está presente na Constituição de 1988, mas decorre de legislação ordinária regulamentada pelo Supremo Tribunal Federal, como se viu.

A adoção desse instituto sedimentou-se em relevantes idéias: de um lado, tende à «oxigenação» das decisões constitucionais; de outro, atende ao princípio do pluralismo político que informa o Estado de Direito e, finalmente, permite a transparência do debate judicial em temas relevantes para a sociedade.

A jurisdição concentrada, com se sabe pelo que ocorre no Brasil, encurtou o caminho perseguido pelas questões constitucionais quando tratadas no espaço do controle difuso. Nesta modalidade de controle de constitucionalidade, as questões constitucionais são debatidas em processos veiculados em vários níveis, trazem a manifestação dos diversos participantes do processo: as partes, com suas petições, recursos, pareceres de especialistas, memoriais etc.; as manifestações do Ministério Público e de autoridades cujo ato é questionado no processo; as decisões judiciais, proferidas nos vários juízos até chegarem à decisão final do Supremo Tribunal Federal. Ante tais manifestações, os casos a serem submetidos ao Supremo Tribunal Federal apresentam um aporte de análises sob o ângulo jurídico-constitucional essencial para o conhecimento da questão pela Corte Suprema. Já no controle concentrado, as questões são encaminhadas diretamente ao STF pelos propositores constitucionalmente legitimados — e mesmo as interpostas para o exame de questões constitucionais pela via da Arguição de Descumprimento Fundamental, que nasce, em regra, em um processo de controle difuso de constitucionalidade — não contêm o manancial de informações jurídicas e de esclarecimentos fáticos que a questão, sempre considerada de relevância social, necessariamente requer. Assim, os instrumentos de democratização da jurisdição constitucional concentrada, admitidos no plano constitucional ou legal do ordenamento brasileiro — tais como a ampliação do acesso à justiça<sup>44</sup>, a intervenção do *amicus curiae*<sup>45</sup> e a audiência publi-

---

Nuno PIÇARRA: «Só em casos excepcionais de ações ordinárias perante o Tribunal Constitucional intentadas como as relativas à extinção de partidos políticos contrários à constituição, é que há lugar à audiência pública». Em pesquisa realizada na jurisprudência do TC de Portugal não foi possível encontrar exemplo a respeito.

<sup>44</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização». In *Coletânea de Estudos jurídicos*. Obra comemorativa do Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Zilah Maria Callado Fadul Petersen, coordenadoras; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, colaboradora. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 479-500.

<sup>45</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O *amicus curiae*: democratização e legitimação da jurisdição constitucional concentrada». In *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos fundamentais*. Osasco: Edifício, ano 8. n. 1, 2008, pp. 53-72.

ca, em exame — superam, de certo modo, esta lacuna de informações e esclarecimentos, particularmente fáticos, e tendem, parece, a conferir, pela abertura de participação popular na instrução dos julgados, legitimação às decisões proferidas no controle concentrado

Afora isto, a visibilidade e a transparência da audiência pública – não raro televisada por canais abertos ou pela TV Justiça e noticiada pela Rádio Justiça, do ponto de vista democrático, «prestigia a sociedade civil» permitindo «tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino»<sup>46</sup>.

Assim, a audiência pública no processo constitucional veiculado no Supremo Tribunal Federal tende a se revelar como importante instrumento de abertura à participação popular, notadamente no que respeita à proteção dos direitos fundamentais, justificando-se, pois, desta forma, sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observadas as cautelas que tal modalidade de participação requer.

A audiência pública no controle jurisdicional concentrado veiculado pela ADI e pela ADC foi introduzida pela Lei 9.868/99, citada, cujo art. 9º, §1º e §3º estabelecem:

«Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[...]

§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.» (n.g.)

Dispositivo de teor quase idêntico e com finalidade semelhante se encontra no art. 6º e §1º da Lei 9.882/99, editada posteriormente, e que disciplina o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

---

<sup>46</sup> Observação feita pelo Ministro Relator da ADI 3510, citada in Fernanda DIAS MENEZES DE ALMEIDA e Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal». Comunicação apresentada no V Painel do XIX Encontro Nacional de Direito Constitucional, patrocinado pela Associação Brasileira de Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, realizado na FADUSP em 2009.

Dispõem referidos artigo e parágrafo:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (n.g.).

[...]

A vista das disposições transcritas, algumas características adotadas para configurar a audiência pública na jurisdição constitucional podem ser ressaltadas: ficaram definidos a finalidade da convocação da audiência (solicitar ou obter esclarecimentos) e os fundamentos que a podem motivar (necessidade ou notória insuficiência das informações existentes nos autos do processo constitucional concentrado); o objeto da audiência, que consiste em ouvir esclarecimentos sobre matéria ou circunstância de fato (o que parece afastar a possibilidade de, em sede de audiência pública, questionar-se fundamentos jurídicos para embasar a decisão judicial sobre a problemática existente nos autos); a autoridade judicial competente para convocar a audiência pública, que é o relator do caso, sendo deste o dever de preparar o relatório a ser submetido a seus pares e é para ele que, em primeiro lugar — porque precisa de esclarecimentos sobre matéria pendente — se abre espaço para ouvir pessoas estranhas aos autos que possam prestá-los; finalmente, a lei determina que a convocação será dirigida a pessoas, sem esclarecer se físicas ou jurídicas e sem indicar qualquer relação com a comprovação de sua «representatividade» social. Da dicção legal resulta apenas ser possível inferir-se, a esse propósito, que a representatividade se alcançará com a convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria: o que significa dizer, cientistas, técnicos, especialistas, com formação adequada e experiência comprovada que possam prestar esclarecimentos sobre fatos e circunstâncias que envolvam a matéria *sub judice* e que, por sua natureza especialíssima fogem ao conhecimento exigível do juiz constitucional.

Tais balizas parecem relevantes para orientar a atuação do juiz constitucional, mas não esgotaram a disciplina da matéria, pelo que restou ao Supremo Tribunal Federal disciplinar a complementação das normas regulamentares para a convocação de audiências públicas.

Anote-se, por necessário, que a audiência pública também não foi adotada ou regulamentada, de pronto, pelo Supremo Tribunal Federal. Somente com a Emenda Regimental n. 29, de 20/2/2009 (dez anos após a edição

da lei citada), essa matéria adentrou em seu Regimento Interno, que regulamentou a audiência pública no processo constitucional concentrado nos artigos 13, incisos XVII, XVIII e XIX; 21, incisos XVII, XVIII e XIX; 154, inciso III e parágrafo único; 155 e art. 363<sup>47</sup>.

As disposições introduzidas no Regimento Interno do STF (RISTF) para a regulamentação da matéria divergem, em alguns pontos, das leis mencionadas acima.

Assim<sup>48</sup>, o RISTF atribui competência para convocar audiência não apenas ao Relator, mas também ao Presidente do STF; a convocação de audiência, em ambos os casos, se destina a ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, consoante as disposições legais pertinentes. A regulamentação regimental acrescenta, ainda, importante requisito restritivo para a convocação de audiência ao determinar que as questões ou circunstâncias que justifiquem a convocação da audiência devam ser dotadas de «repercussão geral e de interesse público relevante» e «debatidas no âmbito do Tribunal»; o prazo referido no art. 9º, §3º da Lei 9868/99 não foi transportado para o RISTF.

Afora isto, a Emenda Regimental 20/09 supre falha da legislação ao disciplinar o procedimento a ser observado na convocação de audiência pública, tal como dispõe o Inciso III, parágrafo único, do art. 154.

Embora, como observado anteriormente, a legislação infraconstitucional não tenha sido aplicada de imediato por nossa Corte Suprema, releva observar que, mesmo antes da regulamentação regimental, a partir de 2006, várias audiências foram convocadas no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e, mais frequentemente, em arguição de descumprimento

<sup>47</sup> Cf. Regimento do STF publicado no site do Supremo Tribunal Federal [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>48</sup> As disposições introduzidas no Regimento Interno do STF, quando divergentes ou quando ultrapassam o disposto ou previsto na legislação ordinária, poderiam suscitar intrigante questão constitucional; se a lei ordinária é espécie normativa própria para estabelecer regras relativas ao procedimento das ações originárias de exercício do controle concentrado no STF e, se em caso afirmativo, poderia o STF inovar, na regulamentação do assunto. Sem entrar no mérito desse questionamento, o fato é que a constitucionalidade das Leis que disciplinam o processo e o julgamento das ações de controle concentrado, mencionadas, suscitaram ADIs sobre sua constitucionalidade sob vários aspectos. Talvez este seja apenas um novo ângulo da questão constitucional a ser examinado. De outro lado, é fato que o artigo 154 citado soluciona importantes aspectos relacionados com as audiências públicas, ao enfatizar, novamente, que elas devem versar sobre questões de fato, ao disciplinar tratamento igualitário das posições doutrinárias ou ideológicas que pretendem ser ouvidas e ao determinar ampla divulgação do despacho que convocar audiência pública. Também a referência à repercussão geral e de interesse público é norma necessária, porquanto afasta a convocação de audiência pública para discussão de fatos de menor importância. A referência a questões debatidas «no âmbito do Tribunal» certamente demanda interpretação acurada sobre seu alcance.

mento de preceito fundamental (ADPF), versando sobre questões, em sua maioria, de inegável relevância social. Nessas convocações foram fixados alguns pontos relevantes: determinou-se o objeto da audiência pública — ocorrência de controvérsia constitucional — e a necessidade da obtenção, pelo STF, de esclarecimentos técnicos e científicos para sua solução constitucional; o procedimento adotado para a escolha dos participantes; o eventual resultado das audiências públicas e sua influência nas decisões tomadas pelo julgador constitucional.

O procedimento adotado para a convocação das primeiras audiências públicas acabou servindo de base para a convocação de outras e para a regulação regimental.

Para exemplo, cite-se o procedimento adotado na ADI 3.210/DF.

A ADI 3510/DF foi proposta, em 30/05/2005, pelo Procurador-Geral da República, figurando como requeridos o Presidente da República e o Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto<sup>49</sup>. Visa esta ADI à declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105, de 24/03/2005 (Lei de Biossegurança). Trata referido artigo, *no caput*, da permissão da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições fixadas nos incisos e parágrafos do mesmo artigo.

A tese central da alegação da inconstitucionalidade material, no caso, residiu na questão de que a «vida humana acontece na, e a partir da fecundação» e que a permissão para utilização de células-tronco embrionárias, ainda que em vias de não uso ou descarte, feria valores fundamentais amparados pela Constituição, quais sejam: o postulado constitucional da dignidade humana e a inviolabilidade do direito à vida.

Para fundamentar sua argumentação e elucidar a questão central, o requerente traz à colação pronunciamentos de vários cientistas e especialistas em medicina, bioética, biofísica, biologia etc., especialistas que se encontram entre as pessoas arroladas para serem ouvidas na audiência pública que o Procurador Geral propõe seja convocada.

Nas informações prestadas, tanto pela Presidência da República como pelo Presidente do Congresso Nacional, argumenta-se que a utilização de embriões destinados ao descarte está amparada igualmente em valores constitucionais, quais sejam: o direito à saúde e o direito de liberdade da atividade científica.

O Min. Carlos Ayres Britto, Relator, entendeu cabível e necessária a convocação de audiência para subsidiar o julgamento sobre a questão cen-

---

<sup>49</sup> Cf. Anna Cândia DA CUNHA FERRAZ, «Audiências Públicas no controle concentrado», no prelo.

tral que envolvia especialmente o direito à vida — presente ou não nos embriões a serem descartados — questão que certamente demandava exame de especialistas e estudiosos sobre os aspectos de natureza científica e social destacados nas argumentações levantadas pelo Procurador Geral da República e pelos defensores da Lei de Biossegurança, no caso o Presidente da República e o Presidente do Congresso Nacional. Na verdade, tratava-se de questionamento sobre matéria de inegável ressonância social que extrapolava, certamente, os aspectos jurídicos que envolviam o tema para adentrar em questões técnicas, científicas, religiosas etc.

Considerou, ainda, o Min. Relator, que, do questionamento jurídico-constitucional presente nas peças iniciais do processo restava evidente a necessidade de maiores esclarecimentos sobre questões (de fato e técnicas), não necessariamente respondidas pelas normas constitucionais pertinentes, matéria de «saliente importância por suscitar questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida», o que, a seu ver, justificava, com fundamento no §1º, artigo 9º da Lei nº 9868/99, a realização de audiência pública, que «além de subsidiar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte»<sup>50</sup>.

Isto considerando expediu Despacho Monocrático determinando a realização da audiência em data a ser posteriormente fixada, a intimação para o autor apresentar, no prazo de 15 (quinze dias), o endereço completo dos «*experts*» relacionados na petição inicial, a intimação dos requeridos (Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional) para indicação, com a devida e completa qualificação, no prazo de 15 (quinze) dias, de pessoas com autoridade e experiência na matéria, a fim de serem ouvidas na precitada sessão pública.

Designada a audiência pública para 20/04/2007<sup>51</sup>, foram enviados convites aos especialistas indicados, convocados também os *amici curiae* admitidos no processo.

Um primeiro problema de ordem técnica-processual enfrentado para a realização da audiência pública foi, exatamente, a falta de normas regulamentares do procedimento a ser adotado. Inovando, entendeu o Min. Relator cabível utilizar como parâmetro objetivo para a realização da audiência por ele convocada<sup>52</sup>, no que fosse compatível<sup>53</sup>, o Regimento Interno

<sup>50</sup> In Despacho Monocrático do M. Relator datado de 19 de dezembro de 2006 e publicado no DOU e também extraído do site do STF: [www.stf.gov.br/jurisprudencia/ADI3510](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/ADI3510). Acesso em 20/03/2010.

<sup>51</sup> O prazo estipulado na Lei 9868/99, art. 9º, §3º, não foi observado.

<sup>52</sup> Ver Despacho Monocrático acima referido.

<sup>53</sup> Como bem observa Fabrício Juliano MENDES MEDEIROS, «O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história». In *Revista Jurídica Brasília*, v. 9. N. 84,

da Câmara dos Deputados (RI/CD), que prevê no artigo 58, §2º, II, a realização de audiências e atribui às comissões parlamentares, competência para «... realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil». Assim, foram adotadas as normas dos artigos 255 a 258 do RI/CD.

No despacho de convocação, o Relator também definiu o rol dos participantes, restringindo-os, provavelmente tendo em vista a viabilização concreta da audiência; ordenou remessa de convite aos Ministros do STF<sup>54</sup>; determinou a intimação do requerente, dos requeridos (a Presidência da República indicou quatro pesquisadores) e dos *amici curiae*<sup>55</sup>, informando o local, a data e o horário do evento; os especialistas arrolados pelo Procurador-Geral também participaram, independentemente de convocação. No rol dos chamados figuraram médicos, cientistas, especialistas em genética etc., e também advogados e juristas.

Assim, o Ministro Relator definiu um padrão para escolha de participantes para as audiências públicas previstas na Lei 9868/99.

Na realização da audiência, o Min. Relator seguiu, como indicara, as normas do RICD: determinou o tempo de participação dos convocados, não admitiu intervenção de terceiros, fixou que questionamentos somente poderiam ser formulados pelos Ministros do STF e não admitiu a formulação de questões de ordem, nem apartes dos expositores etc.

A audiência pública, ao final, reuniu 22 (vinte e dois) participantes para debater, entre outras questões, o momento em que se poderia identificar o início da vida humana. Formaram-se dois blocos de especialistas, um composto dos indicados pelo requerente e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e outro integrado pelos indicados dos requeridos e os *amici curiae*, o que, de certo modo, permitiu a formação de um contraditório no processo constitucional em causa. A ordem dos trabalhos foi definida por sorteio realizado no início da sessão pública<sup>56</sup>.

A audiência pública durou um dia inteiro e contou com a presença de mais de 300 pessoas, além de um público «à distância» presumivelmente

---

abr./maio, 2007, acessível em [www.planalto.gov.br/civil\\_3/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_3/revista/revistajuridica/index.htm) (acesso em 20 de março de 2010), as audiências públicas realizadas no âmbito das Casas Legislativas diferem das realizadas no STF especialmente em razão das distintas finalidades visadas por ambas; as primeiras se destinam, em regra, a instruir processos de elaboração legislativa e, para tanto, procuram ampliar ao máximo os debates públicos. Já no plano das audiências realizadas no STF, a realização de audiência pública somente pode se desenvolver perante um processo em curso na jurisdição, o que, por consequência impõe limites à atuação da nossa Corte maior. Isto se revela, inclusive, na limitação dos participantes nas audiências públicas convocados por Relator no STF.

<sup>54</sup> Apenas três Ministros do STF participaram da audiência: a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Joaquim Barbosa.

<sup>55</sup> Cf. nota 5, artigo de Fabrício Juliano MENDES MEDEIROS, citado.

<sup>56</sup> Cf. Fabrício Juliano MENDES MEDEIROS, citado.



razoável, uma vez que foi televisada pela TV Justiça, tendo sido lavrada ata ao término dos trabalhos.

Por ter sido a primeira audiência pública realizada no âmbito do STF teve inegável relevância para sustentar o alargamento da democracia participativa na jurisdição constitucional abstrata, com inegáveis reflexos na proteção de direitos fundamentais.

O STF, por maioria, decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei federal 11.105/2005<sup>57</sup>. Prevaleceu o voto do Relator que salientou, além de outros argumentos<sup>58</sup> que a norma contida neste artigo «[...] contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*»<sup>59</sup>.

Desde então a realização de audiência pública passou a povoar a jurisdição constitucional concentrada, particularmente quando envolvidos direitos fundamentais<sup>60</sup>.

Para finalizar mencione-se a audiência pública realizada sobre o direito à saúde, porquanto fugiu, sob alguns aspectos, aos moldes das audiências realizadas anteriormente.

Esta audiência foi a primeira proposta já com fundamento no artigo 13, inciso XVII e no artigo 363, III, ambos do Regimento Interno do STF que, regulamentaram as audiências públicas; também foi a primeira convocada pelo Presidente do STF e a primeira não ambientada em sede de processo constitucional concentrado.

Justificou o Presidente do STF, em despacho monocrático, a convocação desta audiência «considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança (SS), Suspensão de Liminar (SL) e Suspensão de Tutela Antecipada (STA) em trâmite no âmbito da Presidência, que tinham por objeto medidas cautelares determinantes de fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema único de Saúde – SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, vagas em UTI

<sup>57</sup> CF. [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verdecisaoFinal/ementa](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verdecisaoFinal/ementa). Acesso em 30/05/2011

<sup>58</sup> Cf. [www.stf.informativo497](http://www.stf.informativo497). no qual se argumenta com o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica.

<sup>59</sup> Ver [www.stf.informativo508](http://www.stf.informativo508), acesso em 23/05/2011

<sup>60</sup> Vejam-se outros relevantes exemplos de audiência pública envolvendo conflito entre direitos fundamentais no site do STF [www.stf.jus.br/portal/](http://www.stf.jus.br/portal/) e [www.stf.informativo459,498](http://www.stf.informativo459,498), acesso em 23/05/2010. Veja-se a ADPF 54-8. Proposta pela Confederação Nacional de Servidores da Saúde – CNTS, envolvendo questionamento sobre a constitucionalidade do aborto do feto anencefálico, na qual o procedimento seguiu o adotado na audiência realizada na ADI 3.510, relatado. A decisão final nesta ADPF ainda não foi proferida. Tb. a ADPF 186 cujo objeto é a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas universidades. A ADPF 101/De, sobre a constitucionalidade de aproveitamento de pneus usados importação.

etc.)»<sup>61</sup>. Assim, o direito fundamental individual e coletivo à saúde constituiu o foco das discussões.

O funcionamento da audiência pública seguiu o procedimento previsto no art. 154, inciso III, parágrafo único, do RISTF. Fixou-se que esta deveria ser transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, conforme dispõe o art. 154, parágrafo único desse Regimento. Outra inovação do despacho diz respeito à possibilidade de transmissão pelas demais transmissoras que assim o requererem à Secretaria de Comunicação Social, o que não está previsto no referido art. 154.

Foi, ainda, determinada a expedição de convites a várias autoridades, tais como: Presidente do Congresso Nacional, Procurador-Geral da República, Ministro de Estado do Ministério da Saúde, Advogado-Geral da União etc.<sup>62</sup>.

Grande número de interessados atendeu à convocação, sendo que o STF recebeu várias colaborações escritas sobre a temática.

Ratificadas as habilitações para participação na audiência, esta, inicialmente programada para dois dias, foi realizada em seis dias: nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6, e 7 de maio de 2009, distribuídos os participantes em seis sessões temáticas: O acesso às prestações de saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário; Responsabilidade dos entes da Federação e financiamento do SUS; Gestão do SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema; Registro na ANVISA e Protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; Políticas Públicas de Saúde – Integralização do Sistema; e Assistência Farmacêutica do SUS.

Um dos pontos centrais das discussões travadas foi a legitimidade de o Judiciário decidir casos que envolvem o direito à saúde pública na ausência ou contrariando políticas públicas e a atuação do SUS, a chamada «judicialização» da saúde.

Assim, a audiência da saúde, como ficou conhecida, tinha por objetivo estabelecer critérios a serem seguidos com relação às decisões judiciais,

---

<sup>61</sup> Ver [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSaude](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSaude) acesso em 04/06/2010. Consta neste link observação no sentido de que «os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento de processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje tramitam no Tribunal: os Agravos de Regimentais nas Suspensões de Liminares n. 47 e 54; nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 36, 185, 211 e 278 e nas Suspensões de Segurança n. 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência.»

<sup>62</sup> Ao todo foram convidados representantes de 11 Entidades, federações, institutos e fundações. Conferir:

[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSau...](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSau...) Acesso em 30/04/2010. Segundo informações constantes no site 54 pessoas por si ou como representantes encaminharam textos sobre temas relativos à audiência.

particularmente no próprio Supremo Tribunal Federal, certamente por julgamento firmado em plenário.

Após a realização da audiência, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente, decidiu, por despacho monocrático, as Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 178, 211 e 278; as Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e a Suspensão de Liminar (SL) 47<sup>63</sup>.

Parece oportuno transcrever parte da ementa proferida na STA 175 CE - Ceará. A União interpôs Agravo Regimental desta decisão. Em sessão plenária, o STF «por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente)», em decisão proferida em 17/03/2010, negou provimento a este recurso de agravo. É a seguinte a ementa da decisão exarada neste processo

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema único de Saúde — SUS — Judicialização do direito à saúde. Separação de Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Das decisões de indeferimento proferidas pelo Ministro Presidente nas suspensões acima indicadas também foram interpostos Agravos Regimentais, pela União. Em todas<sup>64</sup>, a decisão do STF foi no mesmo sentido, ou seja, negando provimento aos agravos. Nessas decisões foram fixados alguns parâmetros para a solução de casos semelhantes.

Ante o resumidamente exposto parece que a audiência pública tem sido utilizada com proveito para a sociedade e a comunidade jurídica, na medida em que, além da ampla divulgação do instrumento, se torna efetiva a participação popular nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas de enorme repercussão social, muito especialmente quando versam sobre conflito entre direitos fundamentais.

<sup>63</sup> In [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2573620](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2573620), acesso em 04/06/2010. Neste despacho há vários «critérios» fixados pelo Presidente com vistas às várias situações que o pedido relativo ao direito à saúde pode enfrentar.

<sup>64</sup> Ver SS 3724, AgR.; SS 2944; STA 278 AgR.; SS 3345 AgR.; SS 3355, AgR.; SS2361 Agr.; todos julgadas em 17/03/2010

## E) O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado

A idéia de efeito vinculante, no Brasil, parece ter se firmado, conceitualmente, em face da recalcitrância ou da reação dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário, no tocante à observância concreta das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, declaratórias de atos e normas inconstitucionais<sup>65</sup>.

Outras razões como a estabilidade e a segurança jurídica das decisões judiciais do STF, a efetiva observância do princípio da igualdade, que deve prevalecer em decisões proferidas em casos iguais - também parecem justificar a adoção desse efeito nas decisões exaradas no âmbito do controle jurisdicional concentrado<sup>66</sup>.

As razões preponderantes, de ordem pragmática, alegadas pelos proponentes e defensores da adoção do instituto foram, no entanto, a redução da pleora de processos a serem decididos pelo Supremo Tribunal, cujo volume supera, realmente, o volume de decisões usualmente proferidas por tribunais semelhantes, seja a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (modelo para a criação do STF no Brasil) sejam os Tribunais e Cortes Constitucionais européias, e a celeridade do processo na jurisdição constitucional.

Outro argumento relevante, ainda nessa linha pragmática, foi a constatação de que os instrumentos de que dispunha o STF para determinar a preponderância e a observância de suas decisões, mesmo em controle concentrado, não eram satisfatórios. De um lado, embora tais decisões fossem dotadas de «eficácia *erga omnes*», reconhecida pelo STF em construção judicial administrativa<sup>67</sup>, e de outro, muitas vezes fossem objeto de «súmulas da jurisprudência dominante do STF», percebia-se a limitação dos efeitos desses instrumentos no controle jurisdicional<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Conferir excelente evolução traçada a esse respeito por Roger STIEFELMANN LEAL, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional (de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004)*. São Paulo: Saraiva, 2006, PP.102-129.; Ver, Tb., PP. 130 e seguintes.

<sup>66</sup> *Idem supra, ob. cit.*, pp. 112-114.

<sup>67</sup> A eficácia «*erga omnes*» nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade lembra Moreira Alves já havia constado na proposta de EC 16, de 1965, mas não foi acolhida pelo Congresso Nacional. A superação da extensão dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade foi objeto do mecanismo constante nas constituições brasileiras desde 1934, qual seja a «suspensão, pelo Senado Federal, por Resolução, da execução das leis declaradas inconstitucionais, em decisão definitiva pelo STF»(controle difuso, pois), técnica que, diga-se de passagem, também não produziu os resultados esperados. Assim a eficácia «*erga omnes*» foi introduzida definitivamente em decisão tomada no Processo Administrativo 4.477/72, posteriormente inserida no Regimento do STF, conforme relato em Gilmar FERREIRA MENDES, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 2000, p.pp. 37-45 e 203-207.

<sup>68</sup> Ver LEAL, 2006, *idem supra, ob. cit.*, pp. 112-114; tb. pp. 133 e seguintes.

Daí vingar, em nosso direito, a introdução do efeito vinculante na jurisdição constitucional concentrada, que tem como principal finalidade «reafirmar e consolidar a preponderância institucional da jurisdição constitucional, como salienta Roger Stiefelmann Leal»<sup>69</sup>.

A primeira referência ao efeito vinculante na jurisdição constitucional concentrada<sup>70</sup> somente aparece na regulamentação constitucional da Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>71</sup>, instituída Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que alterou o art. 102, I, a e seu §2º, dispondo este último:

«§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo»<sup>72</sup>.

Desde logo, no STF esboçou-se tendência no sentido de estender o efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade<sup>73</sup>.

Seguindo tal tendência, o efeito vinculante das decisões proferidas em controle concentrado pelo STF foi reafirmado com relação à ação declaratória e introduzido na ação direta de inconstitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental por legislação infraconstitucional. Na ADI e na ADC pela Lei 9868/99, em seu artigo 28, parágrafo único; na argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, pelo artigo 10, §3º da Lei 9.882/99.

Com a EC n. 45/2004 — a chamada Reforma do Poder Judiciário — que alterou o §2º, item III, do art. 102, da Constituição de 1988, o efeito vinculante das decisões ganhou assento constitucional na ADI e foi reafirmado na ADC, tendo sido redefinidos os órgãos e entidades que se submetem a tal efeito.

Dispõe referido parágrafo:

<sup>69</sup> *Idem supra*, p. 117.

<sup>70</sup> Para exame aprofundado da evolução do efeito vinculante no ordenamento constitucional brasileiro, mesmo antes da Constituição de 1988 e toda a problemática decorrente da introdução dessa figura nas decisões do STF ver Roger STIEFELMANN LEAL, 2006, *ob. cit.*

<sup>71</sup> Para maior exame desta modalidade de ação consultar: Gilmar FERREIRA MENDES, 2000, *ob. cit.*, pp. 129-142.

<sup>72</sup> Registre-se, apenas para constar, que a ação declaratória bem como o efeito vinculante atribuído à decisão nela proferida motivou inúmeras manifestações contrárias especialmente no tocante ao reforço da posição do STF no controle concentrado e chegou, neste sentido, a ser adjetivada de «manifestação de totalitarismo, agressão à lógica e absurdo» conforme lembra Roger STIEFELMANN LEAL, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>73</sup> Ver STIEFELMANN LEAL, *ob. cit. supra*, p. 140.

«§2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal».

Assim, a «eficácia *erga omnes*, considerada inerente à natureza do sistema constitucional concentrado e instituída em construção jurisprudencial, tal como o efeito vinculante das decisões do STF foram positivados no plano constitucional<sup>74</sup>.

Importante observar que, para eliminar a recalitrância no cumprimento do efeito vinculante, mesmo consagrado em sede constitucional, a Suprema Corte, por construção jurisprudencial estendeu aos prejudicados concretamente pelo descumprimento desse efeito a legitimação para ajuizar o instrumento processual «reclamação», prevista no art. 102, I, *l*, que assegura a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF.

Observe-se que tal construção jurisprudencial, no âmbito do controle concentrado, tende à preservação de direitos fundamentais individuais e, mais uma vez, permite a interpenetração das modalidades de controle no Brasil, no caso de a decisão ser preservadora desses direitos.

Por outro lado, considerando que, segundo a doutrina, o efeito vinculante privilegia a estabilidade e a segurança da jurisprudência constitucional e cumpre relevante função social<sup>75</sup>, pode-se afirmar que, sob este ângulo, constitui instrumento benéfico à proteção dos direitos fundamentais<sup>76</sup>.

Cabe lembrar, todavia, que o objetivo mais utilizado para justificar a introdução deste instituto — a redução do elevado número de processos submetidos à decisão de nossa Suprema Corte — parece longe de ser alcançado, não tendo apresentado, pelo menos até o momento, efeito minimizador relevante, afora o fato de que o número de reclamações contra a recalitrância no cumprimento do efeito vinculante vem aumentando significativamente<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> LEAL, *ob. cit.*, p. 150 e seguintes; ver também: Gilmar FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* (Estudos de Direito Constitucional). 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 444-445, *apud* STIEFELMANN LEAL, *cit.*, p. 150, nota 476.

<sup>75</sup> Roger STIEFELMANN LEAL, 2006, *ob. cit.*, pp. 172-173.

<sup>76</sup> Parte da doutrina pátria (e também estrangeira) critica com veemência o efeito vinculante que pode acarretar o «congelamento» da interpretação e da hermenêutica constitucional, pelo que se defende a possibilidade de o STF rediscutir decisões em sede de controle concentrado quando apresentada linha argumentativa diversa da enfrentada pela Corte. Cf. *idem supra*.

<sup>77</sup> Ver STIEFELMANN LEAL, 2006, *ob. cit.*, p. 181.

Observe-se, finalmente, que o efeito vinculante não foi estendido pela Constituição à ADPF e à ADO. Quanto a esta última, a extensão, no que couber, pode ser admitida por construção jurisprudencial do STF. Com relação à ADPF entendem a doutrina<sup>78</sup> e a jurisprudência<sup>79</sup> que a disposição da Lei 9882/99 permanece em vigor, pelo que as decisões proferidas na ADPF terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por força de legislação infraconstitucional<sup>80</sup>.

#### F) Modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede do controle concentrado

Outra inovação da jurisdição constitucional concentrada foi a «modulação dos efeitos temporais das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo» proferidas pelo STF, também introduzida pelas Leis n.s 9868/99 e 9.882/99, em seus artigos 27 e 11, respectivamente

«Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado».

«Art. 11 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado».

A disciplina legal permite, pois, ao STF, a manipulação dos efeitos da decisão tomada em sede de controle concentrado, desde que presentes os

<sup>78</sup> Cf. Alexandre MORAES, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional*. 7ª Edição atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007, 253-254.

<sup>79</sup> Ver, dentre outros, Rcl 6534 AgR / MA – Maranhão, Ag. Reg. na Reclamação. Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 25/09/2008; Tb ADPF 144 / DF – Distrito Federal. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 06/08/2008 in [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaaaDetalhe.asp?s1=00165](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaaaDetalhe.asp?s1=00165) acesso em 24/02/2011.

<sup>80</sup> Cabe observar que tal posição suscita uma dúvida: que poderes se submetem ao efeito vinculante na ADPF, já que, neste particular, a lei 9.882/99 arrola poderes diferentes dos indicados na Constituição pela EC 45/2004 para a submissão desse efeito no que respeita às ADI e ADC.

requisitos estabelecidos, ou seja, o requisito formal — que a decisão seja tomada por dois terços dos membros do Tribunal — e o requisito material — que estejam presentes os fundamentos que justifiquem tal modulação de efeitos: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>81</sup>.

A inserção legal dessa prerrogativa desfigura a concepção tradicional brasileira, quanto à natureza do ato inconstitucional. Desde a introdução do controle jurisdicional difuso, o ato inconstitucional era considerado nulo e irrito *ab initio*<sup>82</sup>. Assim, a lei ou qualquer ato viciado de inconstitucionalidade não poderiam produzir quaisquer efeitos desde o momento de seu nascimento. Destarte, a declaração de inconstitucionalidade, como regra, surtia efeitos *ex tunc*<sup>83</sup>. É certo que, como registra Ferreira Filho<sup>84</sup> que a nulidade absoluta encontrava limites, por exemplo, com fundamento na coisa julgada ou na segurança jurídica. Todavia, o STF, em situações excepcionais, vinha admitindo a limitação do efeito temporal de decisões de inconstitucionalidade, a exemplo, no caso de servidores de «fato», nomeados *contra legem* ou *contra constitutionem*, que ficavam desobrigados de devolver remuneração já recebida, ou de servidores que percebiam gratificação instituída por lei inconstitucional e que ficavam dispensados de devolver aos cofres públicos as importâncias recebidas, decisões, não obstante, criticadas por constitucionalistas<sup>85</sup>.

A modulação de efeitos nas decisões do STF provocou aceso debate na doutrina constitucional, particularmente ante o fato de atos inconstitu-

---

<sup>81</sup> Neste sentido Alexandre MORAES, «Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental». André RAMOS TAVARES E Claudius ROTHENBURG (organizadores). *Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais: Análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 35.

<sup>82</sup> Anota MENDES, Gilmar Ferreira, 2007, *ob.cit.*, 37-38: «O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do nosso direito. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas».

<sup>83</sup> É o que se afirmava mesmo após a edição da Constituição de 1988. Cf., dentre outros, Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade». *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. 1990, p. 35; Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, «Nulidade dos atos inconstitucionais», in *O poder Constituinte*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 84; Gilmar FERREIRA MENDES, «A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202», *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 9, out./dez. 1994, p. 35.

<sup>84</sup> FERREIRA FILHO, *Aspectos...*, 2003, *ob. cit.*, p. 226.

<sup>85</sup> Roger STIEFELMANN LEAL, 2006, *ob. cit.* Em nota de rodapé (nota 319) registra o autor: «Incisiva é a crítica de Gilmar Ferreira Mendes a propósito desse julgado» referindo-se à decisão proferida no RE. 122.202, em 08-04-1994. E continua a citação: «Em que suspeita carecer de qualquer fundamentação jurídica mais consistente a concessão de eficácia *ex nunc* pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos» (cf. «A nulidade da lei inconstitucional», *cit. supra*).



cionais prevalecerem contra a Lei Maior, numa inversão dos princípios da hierarquia e da supremacia constitucional.

Com efeito, a partir da edição de referidas leis — leis sequer fundamentadas ou previstas no texto constitucional — a noção de que uma inconstitucionalidade não poderia subsistir diante de uma Constituição escrita e rígida cede espaço à novidade da «modulação de efeitos», mudando a natural decorrência das decisões em sede de jurisdição constitucional no Brasil e produzindo um inegável reforço de competência atribuída a um poder constituído pelo Constituinte Originário no quadro institucional da separação de poderes.

Como se sabe, é da tradição do Direito Constitucional que uma Constituição rígida não pode ser alterada por normas infraconstitucionais, seja no espírito, seja na letra, sem provocar, na maior das vezes, o fenômeno que se denomina de «mutação constitucional inconstitucional»<sup>86</sup>.

Ora, no núcleo rígido de uma Constituição sedia-se, necessariamente, a distribuição de competências aos poderes constituídos e seus limites.

Assim, em síntese, alterar, por via legislativa, a amplitude da competência do Poder Judiciário e modificar os naturais efeitos das normas constitucionais, além de fortalecer desmesuradamente o Poder Judiciário, não encontra respaldo na Constituição de 1988, onde a cláusula contida no artigo 60 estabelece limites até para o Poder Constituinte Derivado.

Parece, pois, pertinente a observação de Ferreira Filho de que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e irritado», pelo que conclui: «Não é mais rígida a Constituição Brasileira»<sup>87</sup>.

Registre-se, por necessário, que a modulação de efeitos temporais em decisões do controle jurisdicional concentrado é admitida nos sistemas que seguem o modelo de Kelsen, para quem o ato inconstitucional não é nulo, mas anulável<sup>88</sup>; mas registre-se, também, que atribuição deste porte ao Tribunal ou Corte Constitucional é feita, em regra, por normas da própria

---

<sup>86</sup> Ver Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

<sup>87</sup> FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito...*, 2003, *ob. cit.*, p. 231.

<sup>88</sup> Cf. KELSEN, *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, pp. 148 e segts. In Hans KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2003 – (Justiça e direito). A modulação de efeitos das decisões judiciais é citada, na Argentina, por Victor Bazán, quando em excelente estudo sobre a Corte Suprema Argentina pondera sobre o que denomina de «sentencias atípicas o intermédias». Entendo o autor que, em geral, tais sentenças «supõem uma interação entre o tribal ou corte constitucional com o Poder Legislativo e/ou com a magistratura ordinária» (n. tradução) «La Suprema Corte de Justicia argentina se reinventa, presentándose como um tribunal constitucional?», in *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco/SP: EDIFIEO, ano 10, n. 2, pp. 113-169, p. 156.

Constituição<sup>89</sup>. Tal concepção leva à admissão de a anulação da lei ter efeito somente depois de transcorrido certo prazo<sup>90</sup>.

Ressalte-se, por fim, ainda sobre este tema, que as disposições legais em exame não foram recepcionadas pela EC 45/2004, que implantou a Reforma do Judiciário, mas permaneceram na legislação ordinária.

A modulação de prazos e a atribuição de efeitos prospectivos de decisões em processos constitucionais têm sido adotadas usualmente pelo STF<sup>91</sup>.

Relevante observar, finalmente, que a modulação de efeitos, prevista para decisões proferidas em controle concentrado pode ser admitida, também, em sede de controle difuso.

É o que se lê na ementa proferida no RE 395902 AgR / RJ – Rio de Janeiro, em 07/03/2006, AG. Reg. no Recurso Extraordinário, na qual o Min. Relator Celso de Mello<sup>92</sup> enfrenta a questão da modulação de efeitos admitida pela legislação infraconstitucional citada e afirma a possibilidade de sua extensão ao controle difuso:

EMENTA: Recurso Extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro/RJ – Pleito que busca a aplicação, no caso, da técnica de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não haver proferido decisão de inconstitucionalidade pertinente ao ato estatal questionado. Julgamento da Suprema Corte que se limitou a formular, na espécie, mero juízo negativo de recepção-não recepção e inconstitucionalidade. [...]. 1. Considerações sobre o valor do ato inconstitucional – os diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição: ato inexistente? Ato nulo? Ato anulável (com eficácia *ex tunc* ou com eficácia *ex nunc*? [...] Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: técnica inaplicável quando se tratar de juízo negativo de recepção de atos pré-constitucionais.- A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia «ex tunc» (RTF 146/461 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de incons-

<sup>89</sup> Para exemplo, consulte-se a Constituição de Portugal, art. 282.

<sup>90</sup> Afirmação citada por Roger STIEFELMANN LEAL, 2006, *ob. cit.*, p. 94, nota 313.

<sup>91</sup> Cf. para exemplo, a ADI 3791 / DF/ Distrito Federal (assegura efeitos prospectivos à decisão) e ADI 3601 ED / DF – Distrito Federal que estabelece a eficácia da decisão apenas a partir da data da publicação do acórdão embargado, portanto sem efeitos retroativos com relação à declaração de inconstitucionalidade de Lei Distrital. [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia) acesso em 24/02/2011.

<sup>92</sup> [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia) acesso em 24/02/2011.

tucionalidade, mesmo quando proferida por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). [...] <sup>93</sup> (n.g.)

A técnica da modulação de efeitos, tomada para o fim de evitar situações gravosas já produzidas e decorrentes de efeitos de ato declarado inconstitucional pelo STF, na prática, pode produzir ou não efeitos benéficos aos lesados por atos inconstitucionais.

A grande questão que resta pendente, com a utilização dessa técnica, é a da segurança e a certeza das decisões jurisdicionais e da produção de efeitos de ato declarado inconstitucional quando há um titular de um direito para o qual a prestação jurisdicional é manipulada, e, em regra, adiada. Nessa hipótese, esse titular de direito, ante as razões motivadoras da modulação fixadas na legislação – particularmente o relevante interesse social – certamente fica ao desamparo<sup>94</sup>.

## 5. AS INOVAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCRETO

O controle difuso nasceu, como se disse, no Brasil republicano.

Desde seu ingresso no sistema constitucional brasileiro revelou-se como controle destinado à proteção de direitos individuais, mediante um processo de natureza subjetiva, porque – assim ensina a doutrina –, tem legitimação universal, atribuída a toda e qualquer pessoa, visando à proteção de direito próprio, violado por lei ou ato normativo ou concreto, viciado de inconstitucionalidade.

Na Constituição de 1988, mantido o controle difuso, tem este seu fundamento especialmente no inciso XXXV, do art. 5º («A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito»).

Veiculado mediante todo e qualquer processo do ordenamento processual brasileiro, é particularmente suscitado por via dos remédios constitucionais, que conduzem ao Poder Judiciário a pretensão de o autor ver su-

<sup>93</sup> Ver, também, ementa da AI 582280 AgR / RJ – Rio de Janeiro, decisão 12/09/2006. *Idem supra*.

<sup>94</sup> Conjeture-se a respeito do seguinte exemplo: ação coletiva movida contra o pagamento de imposto exigido por lei inconstitucional e decidida muitos anos depois da sua propositura. A decisão declaratória de inconstitucionalidade deságua no direito de recebimento de percepção da totalidade para pelos impostos durante o período em que prevaleceu a cobrança. O pagamento, certamente de quantia vultosa, afetará as finanças públicas e eventualmente poderia ensejar, fundada no interesse social, decisão prospectiva do STF. Obviamente os titulares do direito ao ressarcimento dos danos sofridos por lei inconstitucional não terão resposta jurisdicional integral para a proteção de seus direitos.

primido o óbice ou sanado o vício que o impede de exercer direito, vício, repita-se, fulminado de inconstitucionalidade.

O controle difuso<sup>95</sup>, à semelhança do que ocorreu com o controle jurisdicional concentrado, foi objeto de várias inovações introduzidas pela Constituição de 1988, por emendas constitucionais, por legislação infra-constitucional e por interpretação constitucional.

Algumas dessas inovações, benéficas à proteção dos direitos fundamentais, outras não, serão analisadas a seguir.

#### A) A ampliação dos «remédios constitucionais»

Sob este ângulo, o controle difuso e concreto veio também veio a ser aquinhado com novos instrumentos viabilizadores de seu exercício.

Ao lado dos «remédios constitucionais» pré-existentes nas constituições anteriores — instrumentos vocacionados para proteção específica de direitos fundamentais — e mantidos no texto de 1988 — o mandado de segurança e o habeas corpus — as inovações constitucionais correm por conta da introdução de novos instrumentos reforçando a proteção de direitos fundamentais, previstos no Cap. I do Título II «Dos direitos e deveres individuais e coletivos», a saber: o mandado de segurança coletivo (art. 5º LXX), apto para ser «impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados»: o mandado de injunção (art. 5º LXXI), que, admitindo que a inconstitucionalidade também ocorra por omissão da autoridade pública obrigada a dar eficácia à norma constitucional protetora de direitos, prevê a concessão desse remédio «sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania»; o habeas data (art. LXXII), cujo objetivo é «assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou bancos de dados de entidade governamentais ou de caráter público», e possibilitar a «retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo»; a ação popular (art. 5º, LXXII), que a Constituição de 1998 — diversamente das antecedentes que vinculavam o instrumento à proteção de atos lesivos de autoridade pública — amplia o alcance possibilitando, por meio dela, também a defesa de direitos, ao estabelecer que «qualquer cidadão é parte

<sup>95</sup> Para exame aprofundado do controle difuso ver: Lênio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 361 e seguintes.

legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao meio ambiente», direito este consagrado como «direito de todos» na previsão do art. 225; cabe ressaltar também a previsão da ação civil pública constitucional (art. 129, III), destinada a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses públicos e coletivos, cuja legitimação é conferida ao Ministério Público e a terceiros na expressa dicção constitucional (art. 129, §1º).

O alargamento do rol e a abrangência do objeto e do alcance dos novos remédios constitucionais reforçam, sem dúvida, o controle difuso no texto constitucional de 1988 e a proteção dos direitos fundamentais.

## B) A súmula vinculante

Inovação das mais relevantes no âmbito do controle difuso foi a constitucionalização da «súmula vinculante», aportada à Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Segundo parcela da doutrina, «a súmula vinculante corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (o *stare decisis*)»<sup>96</sup> ao nosso sistema constitucional.

Tendências no sentido de se adotar instrumento dessa ordem já se revelaram no Império<sup>97</sup> e mesmo na República, antes da sua introdução pelo art. 103-A, com a redação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que dispõe:

«Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

»§1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia

<sup>96</sup> Alexandre MORAES, *Constituição Interpretada*, 2007, *ob. cit.*, p. 1511.

<sup>97</sup> Ver MORAES, *idem*, *ibidem*. Anota o autor que no «Império, em 1876, o Supremo Tribunal de Justiça passou a ter a possibilidade de editar assentos com força de lei». Esta norma, não utilizada até a proclamação da República, não foi absorvida pela Constituição de 1891. Também STIEFELMANN LEAL, *O efeito...*, *ob.cit.*, pp. 174-175, observa que mesmo antes da EC 45/2004, já «era a súmula vinculante instituto mais afamado que o efeito vinculante, muito embora não tivesse alcançado positividade no ordenamento pátrio». Cita o autor vários trabalhos doutrinários a respeito, na nota de rodapé 535, mas observa que o efeito vinculante e a súmula vinculante são institutos distintos.

atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

»§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

»§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso».

Os requisitos para expedição de súmula com efeito vinculante vêm expressos no texto: controvérsia atual sobre matéria constitucional, reiteradas decisões contraditórias. Os fundamentos para sua expedição têm por base a possibilidade de grave insegurança jurídica gerada por tais decisões e a afronta ao princípio da igualdade provocada por decisões diferentes para questões idênticas.

Argumentos relativos à celeridade nos processos submetidos ao controle difuso e à redução do número de processos<sup>98</sup> submetidos à decisão do Supremo Tribunal Federal também justificaram a adoção da súmula com efeitos vinculantes<sup>99</sup>.

Também expressos nas normas transcritas estão os destinatários do efeito vinculante da súmula<sup>100</sup>, que devem observar, segundo a melhor doutrina<sup>101</sup> «não só o enunciado da súmula, mas também as condições e circunstâncias em que tem aplicação».

A motivação política da expedição da súmula com efeitos vinculantes também leva em consideração a inexistência de instrumento eficaz para prevenir ou impedir a multiplicidade de decisões contraditórias geradas

<sup>98</sup> É o que afirma Lênio STRECK: «a enorme quantidade de processos versando sobre matéria idêntica no STF e nos Tribunais Superiores, conforme dados estatísticos, gera insatisfação e perda da legitimidade do Poder Judiciário. Diante de tal situação, é bastante razoável a criação da súmula com efeito vinculante, nos moldes do art. 98 da Proposta do Deputado Jairo Carneiro, com a ressalva de que tais efeitos não seriam decorrentes de matéria constitucional, tendo em vista que o controle de constitucionalidade será preventivo, conforme as atribuições do Conselho Constitucional, acima mencionadas» *apud* MORAES, 2007, *ob. cit.*, p. 1514.

<sup>99</sup> Ver Comentários ao art. 103-A, de Daniela de MELO CROSARA, in *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Antonio DA COSTA MACHADO (organizador) e Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ (coordenadora). Barueri, SP: Manole, 2010, pp. 665-669.

<sup>100</sup> Que são os mesmos submetidos ao efeito vinculante das decisões em controle concentrado, como visto acima, disciplina que mais uma vez revela a interpenetração dos sistemas de controle no Brasil.

<sup>101</sup> Cf. STIEFELMANN LEAL, *ob. cit.*, 2006, p. 177.

pelo controle difuso. Aponte-se que o instrumento constitucional, existente desde 1934 (suspensão de atos inconstitucionais pelo Senado Federal) não alcançou o resultado desejado, no sentido de suprir, entre nós, a ausência do *stare decisis* existente no sistema anglo-americano. Por outro lado, com a instituição da ação genérica de inconstitucionalidade, muitos entendem que esta competência atribuída ao Senado Federal constitui um «anacronismo», como aponta Felipe Bezerra de Menezes Picanço<sup>102</sup>.

Em princípio a súmula de efeitos vinculantes, como atos dessa natureza, deveria produzir o efeito vinculante a partir de sua publicação na imprensa oficial. No entanto, a Lei 11.471/2006, que regulamentou o procedimento da súmula, prevê em seu artigo 4º a possibilidade de o STF, por decisão de dois terços de seus membros, modular seus efeitos temporais, vale dizer, restringir seus efeitos no tempo ou determinar que a mesma tenha efeitos prospectivos. Também para o uso da modulação de efeitos, no caso da súmula, os fundamentos legais se fixam em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Deve-se ressaltar que a extensão da possibilidade de provocação da edição ou cancelamento da súmula aos legitimados para a propositura da ADIN<sup>103</sup> e a possibilidade de modulação de seus efeitos evidencia, mais

---

<sup>102</sup> Felipe BEZERRA DE MENEZES PICANÇO, «Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional: apontamentos acerca do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal». In São Paulo: Centro de Estudos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* - Estudos em homenagem à Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz. V. 72, 2010, p 140-142. Aponta o autor inclusive vozes no próprio STF (Gilmar Mendes, Reclamação n. 4.335/AC, interposta em decisão do HC n. 82.959/SP sobre inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 8.072/90, que vedava progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos) no sentido de que a disposição do art. 52, X, ante a amplitude do controle abstrato, estava superada, tendo ocorrido na hipótese mutação constitucional (pp. 165-166). O julgamento da Reclamação referida, com dois votos a favor da tese do Min. Gilmar Mendes e dois votos contrários ainda não foi proferido. O Autor citado nesta nota opina favoravelmente ao entendimento de que o art. 52, X sofreu mutação constitucional por estar apartado da realidade constitucional vigente. Não é este meu entendimento. Não pode o STF, quaisquer que sejam os fundamentos jurídicos, ainda que bem lançados, entender norma constitucional expressa como inexistente. Tal modificação, salvo melhor juízo somente poderá (e deverá) ser levada a efeito mediante Reforma Constitucional. Em que pesem a excelente argumentação do autor e a doutrina e a prática nas quais se fundamenta, a disposição expressa contida no atual art. 52, X., dentre outros argumentos, permaneceu na Constituição de 1988 paralelamente à manutenção e ao reforço do controle abstrato de constitucionalidade, inclusive o veiculado pela EC 45/2004. Assim admitir a mudança da letra expressa do texto constitucional seria, na verdade, levar o STF a ignorar a vontade constituinte e reformadora, transmutando-se ele próprio em Poder Constituinte.

<sup>103</sup> A Lei n. 11.417/2006 ampliou o rol dos legitimados para provocar a edição de súmula com efeito vinculante, nele incluindo o Defensor Público-Geral, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e dos Territórios etc. Também o Município foi legitimado para este mister. Tal lei vai ainda mais à frente permitindo a participação do *amicus curiae* no procedimento de elaboração sumular.

uma vez, a interpenetração dos sistemas de controle concentrado e difuso, com tendência à preponderância do primeiro.

De outro lado, parece indiscutível a afirmação de que a súmula com efeitos vinculantes desfavorece o controle difuso, na medida em que impede o titular de um direito que busque, em ação própria, decisão diferente da sumulada, mesmo quando disponha de argumentos novos favoráveis à sua pretensão e não considerados na súmula em vigor.

Deve-se anotar que, talvez em decorrência do acima apontado, a inovação introduzida pela EC 45/2004 provocou polêmica nos meios jurídicos nacionais, que apontavam o possível engessamento de todo o Poder Judiciário no exercício do controle difuso e a conseqüente paralisia na evolução do Direito, e, ainda, questionavam o inegável fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, habilitado, praticamente, a estabelecer uma nova espécie normativa em nosso ordenamento jurídico<sup>104</sup>.

Talvez seja certo afirmar que ao lado da proteção de direitos ditada pela igualdade de decisão em casos idênticos, a única proteção advinda na EC 45/2004 contra possíveis violações de direitos fundamentais lesados em razão de súmula com efeito vinculante reside na possibilidade constitucional de sua revisão ou cancelamento, ainda que para tal fim a provocação somente possa ser viabilizada pelos legitimados pela norma constitucional ou legal, ficando o titular do direito lesado à mercê da vontade desses autores.

Por outro lado, também é necessário lembrar que a reclamação perante o STF, para cassar decisão judicial (ou anular ato administrativo) que contrariar súmula de efeito vinculante é instituto processual admissível porquanto expressamente previsto na Reforma Constitucional, inserido no §3º do art. 103-A. Assim, tal instituto socorre aquele que se vê prejudicado pelo não cumprimento do efeito vinculante das disposições de uma súmula<sup>105</sup> e, por via de conseqüência, confere maior força à súmula vinculante<sup>106</sup>. Veja-se, como exemplo, Reclamação conhecida e julgada procedente

---

<sup>104</sup> Cf., dentre outros, MORAES, 2007, *ob. cit.*, p. 1515. Discorda o autor deste posicionamento doutrinário contrário, manifestando-se favorável à edição de súmula com efeitos vinculantes até como defesa dos direitos fundamentais. Funda-se, especialmente, na evolução do *stare decisis* nos EUA. Gilmar Mendes aponta como «frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses tribunais em sede de controle de constitucionalidade». Gilmar FERREIRA MENDES, Inocência MÁRTIRES COELHO, Paulo Gustavo GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 178.

<sup>105</sup> Veja-se, a propósito percutiente exame sobre a «Reclamação constitucional: natureza jurídica. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina e sua utilização para assegurar o respeito às súmulas vinculantes», de Paulo ALVES NETTO DE ARAUJO, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* (Estudos em homenagem à Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz), v. 72, julho/dezembro 2010, pp. 372-378.

<sup>106</sup> *Idem supra*, p. 382.



para cassar o acórdão reclamado – STF, Rel. N. 2.280/RJ, 2ª. Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17/04/2008<sup>107</sup>.

Nenhuma súmula foi editada antes da Lei nº 11.417, de 19/12/2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento dos enunciados de súmulas com efeitos vinculantes lavradas pelo STF.

Desde então foram publicadas 32 súmulas vinculantes<sup>108</sup>.

C) A repercussão geral das decisões proferidas em recurso extraordinário

a) *O recurso extraordinário no ordenamento constitucional brasileiro até a EC 45/2004*

Assim como o controle difuso, o recurso extraordinário penetrou no direito brasileiro com a República Federativa<sup>109</sup>, com o caráter de «recurso constitucionalizado» e, como enfatiza Pontes de Miranda «prende-se ele, como galhos e tronco à raiz, à necessidade de se assegurar, em todo o território e em todas as dimensões do âmbito jurídico nacional a aplicação uniforme da Constituição e da lei federal».

Surge, pois, tal recurso como um remédio jurídico recursal extraordinário constitucionalizado, segundo registra Pontes de Miranda, que acrescenta: «a finalidade dos recursos extraordinários, na Constituição de 1967 (por ele então comentada), é a «de se assegurar: 1) a inteireza positiva; 2) a validade; 3) a autoridade; 4) e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais».

As finalidades deste recurso, constitucionalmente previstas, correlacionam-se com a finalidade do controle difuso, qual seja a de submeter à decisão do Supremo Tribunal Federal um processo em que se questiona a violação de um direito individual por lei ou ato inconstitucional, frente à Constituição Federal.

É o que, aliás, continuava prescrito no inciso III do art. 102 da Constituição de 1988, em sua redação originária, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para «julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou c) julgar validade de lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição».

<sup>107</sup> NETTO DE ARAUJO, 374, *ob. cit supra*. O autor oferece outros exemplos a respeito.

<sup>108</sup> Cf. [www.stf.jus.br/portal](http://www.stf.jus.br/portal). Súmula Vinculante, acesso em 16/09/2011.

<sup>109</sup> FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda nº 1, de 1969*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo IV, 82.

Como se sabe, a atribuição, a qualquer juiz ou tribunal, de competência para julgar questões subjetivas ou de direitos individuais fundadas em inconstitucionalidade frente à Constituição se, por um lado, abria o acesso à jurisdição constitucional a toda pessoa que tivesse seu direito violado, de outro significava e sempre significou a possibilidade de decisões divergentes e contraditórias provindas de diferentes órgãos judiciais.

Assim, sob o ângulo da proteção dos direitos individuais (na linguagem constitucional vigente, direitos fundamentais), o recurso extraordinário significava a possibilidade de se obter, da mais alta Corte do País, uma decisão final pacificadora de controvérsias e, na sequência, uma uniformização de decisões sobre questões constitucionais proferidas no País e sobre a validade do direito fundamental objeto do controle difuso.

É certo, como se sabe, que pela própria natureza dessa modalidade de controle, as decisões proferidas em Recurso Extraordinário não produziam (e ainda hoje não produzem, por si só) efeito vinculante, obrigando todos os afetados por atos inconstitucionais semelhantes a levarem sua pretensão ao STF para fazer valer o seu direito, o que significava que causas fundadas na mesma questão constitucional se multiplicavam perante esta Corte.

Diga-se, ainda, de passagem, que a instituição de comando constitucional, pela Constituição de 1934 (mantida pelas constituições posteriores, inclusive pela CF de 1988), da remessa de decisão definitiva proferida pelo STF ao Senado, para que este, «mediante Resolução, suspendesse a lei inconstitucional» e, como consequência, possibilitasse a extensão dos efeitos da decisão do STF para todos (já que a suspensão retirava a possibilidade de aplicação da lei) — fórmula que tinha a pretensão de eliminar, ao menos em parte, a multiplicidade de causas fundadas na mesma questão constitucional — não surtiu os efeitos provavelmente desejados, como já se viu, pois o próprio STF acabou por firmar jurisprudência no sentido de que o Senado Federal tem discricionariedade para exercer (ou não) este comando constitucional, empalidecendo, assim, a eficácia das decisões nessa via de controle.

Em suma, o controle difuso, com suas características básicas extraídas do modelo americano de controle — controle do caso concreto, provocado pelo titular do direito violado por ato inconstitucional, exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal e, em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *inter partes* e *ex tunc* — é, ainda, mecanismo por excelência de proteção de direitos fundamentais. A universalidade do acesso, favorecendo o princípio do acesso à justiça a todo e qualquer titular de direito violado por lei ou ato inconstitucional de qualquer natureza, alarga a abrangência do controle e o democratiza, consagrando o princípio constitucional contido no artigo 5<sup>a</sup>, inciso XXXV, que proíbe «excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos», dispositivo que vem na sequência dos fundamentos e da normatização do inciso XXXIV,

o qual «assegura a todos, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder». Destarte toda restrição que alcance esse modelo de controle deve ser vista com reservas.

b) *A introdução do instituto da repercussão geral no ordenamento constitucional brasileiro*

O instituto da repercussão geral também foi criado pela EC 45/2004, que alterando o art. 102, §3º, da CF de 1988, dispõe:

«§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros».

A disciplina infraconstitucional da matéria veio a ser estabelecida pela Lei n. 11.418, de 19/12/2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. O STF regulamentou a matéria em seu Regimento Interno<sup>110</sup>.

O art. 543-A do CPC, no *caput*, passou a vigorar com a seguinte redação: «O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo».

Deixando de parte os comandos de índole especificamente processual voltados à tramitação do recurso, importa ainda, para conhecer-se a caracterização legal da repercussão geral, o disposto nos §§1º e 3º do art.543-A:

«§1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa».

«§3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal».

Como se percebe, afora as hipóteses previstas no §3º acima transcrito, que podem ser objetivamente aferidas, as demais, previstas no §1º, correspondem a conceitos abertos, que darão margem a grande subjetividade na identificação, pelo Supremo Tribunal Federal, de questões de repercussão geral invocadas pelos recorrentes.

<sup>110</sup> Emenda Regimental n. 21, de 30/03/2007 e Emenda Regimental n. 24, de 20/05/2008. [www.stf.gov](http://www.stf.gov).

A confirmar a caracterização da repercussão geral como conceito indeterminado, anota, por exemplo, Arruda Alvim, inserir-se no seu âmbito o

«que diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação a decisão que contrarie decisão do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação do texto constitucional) etc.; ou, ainda, outros valores conectados ao Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão repercussão social»<sup>111</sup>.

Indicando, por sua vez, situações cabíveis na esfera da repercussão geral, lembram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que «serão de repercussão geral para os efeitos da CF 102 §3º, por exemplo, questões atinentes aos direitos humanos (CF 5º); dignidade da pessoa humana (CF 1º III); cidadania, nacionalidade e direitos políticos; soberania nacional; cultura e símbolos nacionais; ordem econômica etc.»<sup>112</sup>.

Pode-se concluir, a esse respeito, que o critério da repercussão geral, adotado em definitivo pela EC45/2004 é, consoante registra a doutrina, por «demais abstrato, impondo seu preenchimento por meio do processo hermenêutico de interpretação e realização do direito constitucional»<sup>113</sup>.

### c) *Antecedentes do instituto no Brasil*<sup>114</sup>

Aponte-se que, com fundamento em disposições previstas no art. 119, Inciso III, parágrafo único, da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1/1969, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Emenda Regimental n. 3, de 12.06.1975, que «alterou substancialmente o regime do recurso extraordinário à época. Institui-se, com ela, no direito brasileiro, a chamada «arguição de relevância da questão federal»<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> ARRUDA ALVIM. «A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral» In Tereza ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

<sup>112</sup> Nelson E. NERY JUNIOR, Rosa Maria de ANDRADE, *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 2006, p. 280.

<sup>113</sup> Cf. André RAMOS TAVARES, «A repercussão geral no recurso extraordinário». In RAMOS TAVARES *et al.* (organizadores), *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 215.

<sup>114</sup> Ver exemplos da chamada jurisprudência defensiva em Gilmar FERREIRA MENDES *et al.*, *Curso*, 2009.

<sup>115</sup> Cf. André RAMOS TAVARES, «A repercussão geral no recurso extraordinário». In RAMOS TAVARES *et al.* (organizadores). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, pp. 213-214.

Tal prescrição do STF adotou uma solução, nas palavras de André Ramos Tavares<sup>116</sup> «de caráter restritivo e discricionário, espelhando-se no modelo norte-americano do *writ of certiorari* (próprio para um sistema jurídico-judicial, como o brasileiro, que admite o controle difuso-concreto de constitucionalidade, preenchendo as atribuições do tribunal superior. Em sua maioria, mediante o formato recursal de provocação)».

A inovação criada pelo STF provocou severo questionamento de inconstitucionalidade. O impasse gerado pela Emenda Regimental acima referida foi superado pela Emenda Constitucional nº 07, de abril de 1977 (o chamado «Pacote de Abril») que, modificando a Emenda Constitucional 1/69, previu, taxativamente, a «relevância da questão federal» ao promover a alteração do inciso III do art. 119 referido, nele introduzindo um parágrafo 1º que dispõe «As causas a que se refere o inciso III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal».

Ao comentar o §1º do art.119 da Constituição anterior, em sua nova redação, explicava José Celso de Mello Filho<sup>117</sup> que a argüição de relevância da questão federal:

«constitui um pré-requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Só pode ser deduzida, contudo, quando o recurso extraordinário se fundar no art.119, III, *a* e *d*, da Constituição. [...] A argüição de relevância, uma vez deduzida, é de processamento e de seguimento obrigatórios, não podendo ser obstada. Já se decidiu, nesse sentido, que ‘é o Supremo Tribunal Federal o único competente para apreciá-la em seus pressupostos e no seu mérito’ (RTJ, 83:1). A função processual da argüição de relevância é uma só: permitir a superação dos óbices regimentais e ensejar o normal processamento do recurso extraordinário».

Assim, surge na jurisprudência constitucional instituto similar ao da repercussão geral, sendo certo que desta se aproxima, sem identificação plena de tratamento.

Na verdade, tanto a argüição de relevância, como a repercussão geral, tem o perfil de requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Mas a primeira deveria ser disciplinada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, enquanto a segunda há de ser — como já foi — disciplinada por lei, cabendo ao Regimento Interno do Supremo, nos termos da lei de regência, a edição de normas regulamentares com vistas a sua execução.

<sup>116</sup> RAMOS TAVARES, 2005, *idem supra*, p. 214.

<sup>117</sup> José Celso MELLO FILHO, *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 271.

Tendo sido abandonada a arguição de relevância na versão original da Constituição de 1988<sup>118</sup>, (instrumento que na realidade não havia atingido resultado satisfatório quanto à eficiência e operacionalidade), houve por bem o constituinte de reforma dar-lhe um sucedâneo, a repercussão geral, quando se ocupou da reforma do Poder Judiciário em 2004. Sucadâneo, sim, pela proximidade que se percebe na própria dicção da lei que veio integrar a eficácia do comando constitucional pertinente. De fato, o já antes mencionado §1º do art. 543-A introduzido no CPC pela Lei n.11.418/06 associa as noções de repercussão geral e relevância ao dizer textualmente que «para efeito da repercussão geral será considerada a existência, ou não, de questões relevantes...».

d) *A repercussão geral e seus reflexos no controle difuso*

Trazendo a repercussão geral para o nicho específico do controle judicial de constitucionalidade, vale lembrar mais uma vez que, nos casos de controle difuso, em que, como já visto, a decisão sobre o direito discutido no caso concreto depende da prévia decisão sobre a constitucionalidade da lei que o embasa, o recurso extraordinário era o meio de submeter a matéria à última instância judiciária, que diria da procedência ou não da pretensão do interessado, considerando a sua situação pessoal frente à lei ou ato questionando de inconstitucionalidade.

Se a admissibilidade do recurso passa a depender do reconhecimento de interesse geral amplo, de interesse público, que transcenda os interesses intersubjetivos ligados ao caso concreto, parece, em última análise, que ocorre modificação da natureza do controle concreto na fase final do processo, que passa, então, a assumir o caráter de processo objetivo.

Comentando o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, mostra Alexandre de Moraes que ela «possibilita ao Supremo Tribunal Federal a análise da relevância constitucional da matéria, bem como do interesse público em discuti-la, na tentativa de afastá-lo do julgamento de causas relevantes apenas aos interesses particulares»<sup>119</sup>.

Tal afirmação fortifica a conclusão de que a nova exigência para o acolhimento do recurso extraordinário não se afina com a índole do processo subjetivo, que é própria do processo de controle difuso de constitucionalidade, em que estão em jogo interesses pessoais das partes, e mais

<sup>118</sup> A exemplo de outros tantos «entulhos autoritários», assim considerados, com razão ou sem razão, muitos dos institutos associados ao regime militar.

<sup>119</sup> Alexandre MORAES, *Direito Constitucional*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 596.

se coaduna com a natureza de processo objetivo, sem partes, típica do processo de controle concentrado de constitucionalidade<sup>120</sup>.

Outro ponto deve ser registrado como reflexo da repercussão geral sobre o controle difuso: mais que mudança de natureza desse controle, na prática, o instituto pode diminuir, conforme o caso, o número de instâncias recursais antes previstas, uma vez que, não reconhecida a relevância que deve caracterizar a repercussão geral, a matéria questionada não pasará pelo crivo do Supremo Tribunal Federal.

Caberia finalmente outra observação relativamente aos reflexos da introdução deste instituto em nosso sistema constitucional.

Estudo realizado pelo Supremo Tribunal Federal revela que a finalidade do instituto é transformar o STF em Corte Constitucional, livrando-o, portanto, da instância recursal que ocupa no quadro da separação de poderes no Brasil.

Ora, a supressão dessa instância recursal extraordinária, e a instituição de Corte Constitucional alteram profundamente o quadro de divisão funcional de poderes já que torna o Supremo um poder autônomo, não mais necessariamente ligado ao Poder Judiciário. Alteração desta índole somente poderia se realizar mediante Assembléia Constituinte originária<sup>121</sup>.

#### e) *Vantagens e desvantagens do instituto*

A polêmica que se trava a partir da inovação em exame reside, principalmente, no indagar se foi benéfico ou não o ingresso da repercussão geral no ordenamento constitucional, considerando-se especificamente seus reflexos sobre o controle de constitucionalidade difuso e a proteção dos direitos fundamentais.

A introdução do novo instituto na Constituição foi saudada com entusiasmo por muitos doutrinadores e no ambiente do Poder Judiciário, como providência para tornar mais ágil e dinâmica a administração da justiça no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O número exorbitante de processos que hoje tramitam nas diversas instâncias judiciais e que poderiam chegar ao STF, se por um lado testemunha, o que é positivo, a tomada de consciência, pelos cidadãos, de seu direito de acesso à Justiça para resolução de seus problemas, por outro lado provoca um verdadeiro assoreamento do Judiciário, causando uma

<sup>120</sup> Nota-se, também nesta inovação, a interpenetração das modalidades de controle no Brasil, com evidente prevalência do controle concentrado.

<sup>121</sup> Observe-se que nos trabalhos constituintes dos quais resultou a Constituição de 1988, a conversão do STF em Corte Constitucional foi proposta, todavia rejeitada a partir de posicionamento do próprio STF.

morosidade inadmissível na administração da justiça, incompatível com os princípios do Estado de Direito.

Portanto, medidas que resultem em maior celeridade judicial são, em princípio, bem-vindas e necessárias.

Mas será que a repercussão geral - que se apresenta como uma dessas medidas - atende à finalidade a que se destina sem desfigurar o sistema constitucional de proteção de direitos até então abrigado no ordenamento brasileiro?

Várias questões podem ser trazidas à reflexão a esse propósito.

A inviabilidade, provocada por este instituto, da garantia constitucional de um processo de proteção de direito individual alcançar os patamares do guardião da Constituição pode suscitar uma primeira questão: será que o STF continuará, efetivamente, como o órgão de proteção da parte nuclear da Constituição, qual seja, a dos direitos fundamentais? Ou, ainda neste campo, caberia indagar: se, pelo instituto da repercussão geral apenas chegarão à Suprema Corte do País processos que envolvam direitos que ultrapassem os direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, como fica a aplicação do princípio da igualdade perante a Constituição, já que uns terão seu direito subjetivo protegido pelo órgão que a Constituição designa como defensor das liberdades públicas em última instância e outros, igualmente titulares de direitos subjetivos, não?

Outra questão a ser suscitada diz com a real necessidade de se instituir este instituto para alcançar os efeitos por ele visados. Não seria mais lógico e prudente estender-se, por emenda constitucional, às decisões do STF em recurso extraordinário, o efeito vinculante, já adotado para decisões no controle concentrado? Assim, tomando o STF uma decisão em caráter definitivo e revestindo-se tal decisão de efeito vinculante, com as ressalvas que o instituto demanda (como ocorre com a súmula vinculante, e à semelhança do *stare decisis* do ordenamento norte-americano) não se chegaria ao mesmo resultado desejado, evitando-se a multiplicação de processos fundados na mesma questão constitucional e a descaracterização do controle difuso?<sup>122</sup>

Por outro lado, caberia questionar se esse instituto atende à finalidade a que se propõe, sem atentar contra outro pressuposto indissociável da

<sup>122</sup> A proximidade dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, ambos adotados no controle difuso, é bem ressaltada por NETTO DE ARAUJO, *ob. cit.*, p. 383-384, que cita, inclusive notícia publicada no Jornal *O Estado de S. Paulo* e no *Valor Econômico* sobre a cumulação dos dois institutos, apontando que o STF, ao «conjugiar os dois institutos decide se o caso sob exame tem repercussão geral e também emite uma súmula vinculante a respeito, de modo que não se tenha mais que julgar causa alguma envolvendo a mesma matéria». Em sentido contrário ver Sepúlveda pertence. «Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais». In José Adércio LEITE SAMPAIO (coordenador), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 395-404.



democracia, qual seja a segurança jurídica. O titular de um direito fundamental, em nosso sistema constitucional, sempre teve a segurança de que seu direito fundamental seria protegido, em última instância, pelo guardião da Constituição. Aliás, sistemas constitucionais que adotam o controle concentrado cada vez mais abrem espaço para que a reclamação direta de uma violação inconstitucional de direitos chegue ao Tribunal Constitucional vez que a proteção de direitos fundamentais é o cerne de toda Constituição. Esta segurança jurídica se esvai com o instituto da repercussão geral. Será que esta inovação no modelo de proteção de direitos fundamentais se justifica?

Ainda outra questão poderia ser suscitada. Se o instituto da repercussão geral reduz o número de processos perante o STF, o mesmo não se projetaria no controle difuso perante as instâncias inferiores? A solução é discutível: de um lado, a multiplicação de processos, no controle difuso, visando à proteção de direitos individuais não parece que possa ser efetivamente reduzida ou mesmo tornar mais célere a sua tramitação; de outro lado, as decisões divergentes e terminativas, proferidas em processos subjetivos que não tenham repercussão geral parece que continuarão a povoar o universo jurisprudencial do País, com graves conseqüências, ante o evidente desrespeito aos princípios da igualdade, da uniformidade e da segurança jurídica<sup>123</sup>.

Finalmente, poder-se-ia questionar se o instituto da repercussão geral não afeta a própria configuração dos direitos fundamentais positivados na Constituição e sua interpretação jurisdicional, vale dizer, se não provoca uma indesejável distinção entre direitos situados no mesmo patamar hierárquico. Em outras palavras, será que o instituto da repercussão geral não acaba por provocar uma noção (contraditória e perigosa certamente) de hierarquização de direitos, ou seja, a noção de que há direitos fundamentais, consagrados no bojo da mesma Constituição, mais importantes que outros ou hierarquicamente superiores aos demais e que obtém proteção mais reforçada perante o Supremo Tribunal Federal?

Enfim, o instituto da repercussão geral está a merecer um exame mais aprofundado no tocante aos seus reflexos na jurisdição constitucional das liberdades.

---

<sup>123</sup> Observe-se que foi editada a Lei 11.672/2008, que instituiu instituto semelhante à repercussão geral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, alcançando o recurso especial promovido perante esta Corte. Na hipótese de haver multiplicidade de recursos tratando da mesma questão de direito, o STJ poderá selecionar apenas um ou alguns casos representativos da controvérsia, sobrestando os demais nos tribunais de origem. Tal providência, no sentir de NETTO DE ARAUJO, *ob. cit.*, p. 385, levará possivelmente à instituição de súmula vinculante no âmbito do STF. Mais uma provável minimização da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais no Brasil?

f) *A aplicação do instituto pelo STF*

Com pouco mais de três anos de efetiva aplicação — as normas regimentais pertinentes do Supremo Tribunal Federal só foram editadas em 2007 — parece prematura uma avaliação dos resultados positivos ou negativos da repercussão geral. Mas pode ser útil aferir, desde logo, alguns dados sobre a utilização do instituto, dados que podem indicar a tendência da jurisprudência do STF a respeito, ainda não pacificada, é verdade, mas que será, quando o for, determinante para a resposta às questões levantadas.

Segundo informações do STF<sup>124</sup>, foram distribuídos 4.786 Agravos de Instrumento e Recursos Extraordinários com preliminar de repercussão geral em 2007; 25.889 em 2008; 21.327 em 2009 e 13.319 em 2010, num total de 65.312 processos. Desses recursos apenas 297 tiveram decisão preliminar de repercussão geral, com 62 decisões de mérito.

Examinando-se os casos julgados nos quais o STF entendeu, por maioria de votos, ante vários votos vencidos não haver repercussão geral, por não se tratar de matéria constitucional, pode-se identificar como assuntos mais ventilados, dentre outros: questões: de direito tributário; de direito administrativo e outras matérias de direito público (tais como o controle de constitucionalidade); de direito do consumidor (responsabilidade do Fornecedor/ Indenização por Dano Moral, questões originadas do Colégio Recursal do Juizado especial cível; também questões de telefonia); de Direito Processual Civil e do Trabalho; de Direito Civil ( Responsabilidade civil/Dano ambiental); de Direito Processual Penal (requisitos para a concessão de progressão de regime à luz do art. 112 da LEP) etc.

As mesmas matérias, obviamente com conteúdos distintos, foram recebidas pelo STF como dotadas de repercussão geral. Assim, aparecem, com frequência, dentre outras: questões: de Direito Tributário relativas PIS e COFINS, contribuições sociais/ crédito tributário/base de cálculo; de Direito Processual Civil e do Trabalho: precatório, atos processuais com reserva de plenário (Neste caso, veiculado pelo RE 580108 – TRF – fixou-se, dentre outros pontos, que o STF autoriza que se negue a distribuição aos recursos que chegarem ao STF sobre o mesmo tema); de previdência social: revisão de benefício previdenciário em decorrência da majoração do teto de benefícios (EC20/98), Mandado de Segurança contra decisão de juiz de juizado; de Direito Administrativo: servidor público/extensão a inativos da gratificação de desempenho de atividade de Seguridade Social e do Trabalho; regime estatutário/nepotismo, questões originárias de Tribunal de Justiça Estadual - servidor público/Direito Adquirido etc.

<sup>124</sup> [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia) acesso em 06/02/2011.

Parece oportuno citar alguns exemplos de feitos em que o STF julgou ou pela incidência ou pela inexistência de repercussão geral.

No Recurso Extraordinário 587.365, Santa Catarina, recorrente o INSS e recorrida Patrícia de Fátima Luiz de Miranda, tema relacionado como Previdenciário, o assunto versa sobre a interpretação do auxílio-reclusão. (Observe-se que a decisão proferida conta no registro do STF como *leading case*).

Questionava-se, neste caso, se a renda a ser considerada para efeitos da concessão do auxílio-reclusão deveria ser a do segurado recluso ou a de seus dependentes, ante as disposições do art. 102, III, a e b, art. 194, parágrafo único, I e II da CF e 201, I, II, e IV e art. 13 da EC 20/98.

O STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Carmem Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestaram os Min. Gilmar Mendes e Cezar Peluso. O Ministro Ricardo Lewandowski, Relator, acolheu a tese da repercussão geral, afirmando:

«pois o seu julgamento definirá, com base na interpretação dos dispositivos constitucionais citados, se a renda a ser levada em consideração para efeito de concessão do auxílio-reclusão deve ser a do segurado recluso ou a de seus dependentes. Esta definição servirá de orientação para os diversos tribunais do País».

Em outro processo - Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 580.108-0 São Paulo, Relatora Min. Presidente Ellen Gracie, Recorrentes a União e Recorrido Ezequiel Dias da Costa & Cia. Ltda.<sup>125</sup> foi exarada ementa que, merece ser transcrita ao menos em parte:

1. Aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula vinculante ou de jurisprudência dominante.

2. Há, nessas hipóteses, necessidade de pronunciamento expresso do Plenário desta Corte sobre a incidência dos efeitos da repercussão geral reconhecida para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicadas as regras do novo regime, em especial, para fins de retração ou declaração de prejudicialidade dos recursos sobre o mesmo temas (CPC, art. 543-B, §3º);

[...]

4. Possui repercussão geral a discussão sobre o afastamento, pelos Tribunais, de lei ou ato normativo do Poder Público, sem a obser-

<sup>125</sup> In [www.stf.jus/portal/](http://www.stf.jus/portal/) acesso em 06/03/2011.

vância da cláusula de reserva do plenário. Matéria já enfrentada por esta Corte em Vários julgados, colegiados e monocráticos.

[...]

Entre os casos em que o julgamento entendeu pela inexistência de repercussão geral apontou-se o<sup>126</sup> o RE 584.536-2, RGS, em que figuraram como partes Boaventura Rosa vs. Banco BMG/AS. Questionava-se, então, a questão do empréstimo consignado em folha de pagamento, autorizada pelo mutuário, no limite de 30% de sua remuneração. Alegava o recorrente a violação aos artigos 1º, III, (dignidade da pessoa humana) e 7º, X (proteção ao salário), ambos da Constituição Federal e o fato de não mais ter interesse no prosseguimento dos descontos em folha, que deveriam ser cessados por direito próprio.

Entendeu o STF, conforme o voto da Min. Relatora Ellen Grace, pela inexistência de repercussão geral, tendo em vista que a questão não ultrapassa os interesses subjetivos em causa. Não foi considerado o direito fundamental alegado pelo recorrente.

Outro caso de inexistência de repercussão geral é o tratado no RE 602.136, Rio de Janeiro, Recorrente CARREFOUR Administradora de Cartões de Crédito, recorrida Rosane Mesquita, Rel. Min. Ellen Grace, cuja ementa está assim lavrada:

«Indenização. Danos Morais, Cadastramento indevido por órgão de proteção ao crédito. Aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral tendo em vista tratar-se de divergência solucionável pela aplicação da legislação federal. Inexistência de repercussão geral, decidida por unanimidade pelo STF».

No Recurso Extraordinário a recorrente alegava a desproporcionalidade entre o valor da condenação e o curto período em que o nome da recorrida permaneceu na lista de inadimplentes. Sob o ângulo da repercussão geral argumentou-se tratar-se de tema relevante do ponto de vista econômico, jurídico, social e político e a competência do STF em fazer prevalecer os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa, do contraditório e «da repressão ao abuso e locupletamento a título de danos morais».

Da decisão consta o seguinte pronunciamento da Min. Relatora, Ellen Grace:

«Ambas as turmas do STF firmaram entendimento de que a discussão relativa à concessão de indenização por danos morais por inscrição indevida em cadastro de inadimplentes não viabiliza o

<sup>126</sup> Re. Ext. 584-536-2, RGs in [www.stf.jus/portal/inteiroteor/](http://www.stf.jus/portal/inteiroteor/) acesso em 06/03/2011.

acesso ao Rec. Extraordinário. Trata-se de matéria eminentemente infraconstitucional e sua revisão implica em reexame de fatos e provas, o que é vedado no RE (são citados vários precedentes).»

Assim, o STF, em decisão de caráter geral, entendeu ser possível a aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral nos casos em que não há matéria constitucional.

## 6. CONCLUSÕES

Os sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, desde a promulgação da Constituição de 1988 e ao longo de mais de duas décadas de aplicação do texto desta Lei Maior, foram objeto de várias inovações.

As inovações introduzidas no controle jurisdicional concentrado foram mais numerosas e profundas permitindo ampla utilização desta modalidade de controle que, afora isto, trouxe enorme reforço na autoridade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Algumas alterações — sinalizadas como medidas de democratização e legitimidade na atuação deste controle — podem ser consideradas benéficas à proteção dos direitos fundamentais. O móvel mais significativo, porém, da maioria dessas inovações, ainda que referidas como medidas tendentes à proteção da segurança jurídica ou do interesse social, ou, mesmo, ao cumprimento de um direito, também fundamental, qual seja o direito à celeridade do processo (art. 5º, LXXVII) — persegue na verdade um objetivo pragmático — a redução de processos e decisões a serem proferidas pelo STF; além disso, tais inovações evidenciam tendência no sentido de fazer predominar, em nosso sistema, o controle concentrado.

Registre-se que alguns aspectos neste novo panorama da jurisdição constitucional das liberdades são preocupantes.

A modulação de efeitos das decisões proferidas em controle concentrado nem sempre protege, efetivamente, direitos constitucionais vez que, fundada em razões de interesse social, muitas vezes acaba privilegiando tais interesses em detrimento dos direitos subjetivos fundamentais envolvidos no processo. Assim, o titular de um direito fundamental não encontra resposta adequada à proteção de seu direito por via da prestação jurisdicional.

De outro lado, embora mantida, como se registra reiteradamente em decisões do STF, a tese de nulidade do ato inconstitucional *ab initio* — ínsita em nosso sistema constitucional, que cristaliza no controle de constitucionalidade a proteção da Lei Fundamental, escrita e rígida — garantindo-lhe, pois, supremacia sobre toda e qualquer norma do ordenamen-

to jurídico — esta tese sofre reiteradas restrições ante o uso freqüente — e não excepcional — da modulação de efeitos prospectivos. Ressalte-se, ainda, que a modulação de efeitos, mesmo sem previsão de norma constitucional ou de legislação infraconstitucional, por construção jurisprudencial passou a ser adotada também no controle difuso. Nesses casos, a modulação de efeitos tende à proteção do interesse social e da segurança jurídica e não à proteção de direito fundamental, objeto do caso concreto.

Finalmente, também o controle difuso sofreu inovações desde a Constituição de 1988 até os dias presentes, embora em menor número, porém com alcance muito mais profundo no respectivo sistema, acarretando-lhe significativa desfiguração.

Com efeito, ressalvadas as inovações contidas no texto originário de 1988, as demais tendem a restringir, a minimizar ou superar, fortemente, o tradicional controle difuso na jurisdição brasileira; por conseqüência, não favorecem a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, objetivo nele ínsito.

A minimização e a redução do controle difuso — com o risco de ser este até abolido — são preocupantes, pois o controle difuso, com todos os seus pontos de estrangulamento (que deveriam merecer a instituição de instrumentos adequados) é, ainda, a mais democrática fórmula de controle de constitucionalidade para garantir ao titular de um direito lesado a proteção jurisdicional, inclusive, pelo Tribunal de Defesa da Constituição.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de e FERRAZ, Anna Candida da Cunha: «O Constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal». Trabalho apresentado no V Painel – Constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do STF, do XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional «A Constituição e o Supremo Tribunal Federal», promovido pela Associação Brasileira dos Constitucionalistas – «Instituto Pimenta Bueno», em 25-09-2009, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ALMEIDA, Fernanda dias Menezes de e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. «Repercussão geral e a objetivação do controle concreto». Comunicação apresentada no XX Encontro Nacional patrocinado pelo Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira de Constitucionalistas, setembro de 2010.

ARRUDA ALVIM. «A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral» In Wambier, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BAZÁN, Victor. «La Corte Suprema de Justicia Argentina se reiventa, presentandose como um Tribunal Constitucional?». *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco/SP: EDIFIEO, ano 10, n. 2, V. 15, pp. 113-169.

- BAZÁN, Victor, «Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Direito Constitucional*. In Biblioteca Jurídica Virtual.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos Humanos*. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Três ensaios sobre a Democracia*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Cardim-Alario Editoria, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional*. 8ª. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª. edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992
- COELHO, Inocêncio Mártires. «As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro». *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan/mar. 1998 .
- CROSARA, Denise de Melo. «Comentários ao art. 103-A». In *Constituição Federal Interpretada – Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Antonio Cláudio da Costa Machado (organizador) e Anna Candida da Cunha Ferraz (coordenadora). Barueri/SP: Manole, 2010, pp. 656-669
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade». *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. 1990.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. «Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade». In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Ano 36, nº 143, abril/junho de 1999, pp.279-296.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. «Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007, v. 11, p. 73-98.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. «O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização» in ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. – Coordenadoras. *Coletânea de Estudos Jurídicos. Obra comemorativa do Bicentenário da Justiça Militar no Brasil*, Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 479-500.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. «O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada». In *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Edifício, ano 8, n. 1, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*; São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. «*O Poder Constituinte*, 3ª. edição, São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. «Tendências do Direito Constitucional Brasileiro» – A ampliação da jurisdição e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999», in GANDRA, Ives – Coordenador. *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2022.

- HÄBERLE, Peter. *Hermeneutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional* (de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004). São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF: Breves Considerações*. Acessível em Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano I, Outubro 2007, Brasília: IDP. [www.uol.portaljuridico](http://www.uol.portaljuridico).
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes «O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história». In *Revista Jurídica Brasília*, v. 9. N. 84, abr./maio, 2007, In [www.planalto.gov.br/civil\\_3/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_3/revista/revistajuridica/index.htm)
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gornet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, «A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202», *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 9, out./dez. 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* (Estudos de Direito Constitucional). 2ª. edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional*. 7ª. Edição atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NETTO DE ARAUJO, Paulo Alves. «Reclamação Constitucional: natureza jurídica. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e sua utilização para assegurar o respeito às súmulas vinculantes». *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* (Estudos em homenagem à professora Anna Candida da Cunha Ferraz). São Paulo: Centro de Estudos. Vol. 72, julho/dezembro. 2010, pp. 333-386.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. «Jurisdição Constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais». In SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 395-404.
- PICANÇO, Felipe Bezerra de Menezes. «Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional: apontamentos acerca do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal», In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Estudos em homenagem à Professora Anna Candida da Cunha Ferraz*. São Paulo: Centro de Estudos. V. 72, julho/dezembro 2010, pp.139-202.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda nº 1, de 1969*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo IV.
- SOUZA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa comentada – Lisboa: Lex, 2000*.



STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - [www.stf.jus/portal](http://www.stf.jus/portal) e [www.stf.jus/informativo](http://www.stf.jus/informativo)

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coordenadores). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF* (colaboração de Flávia Scabin). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

